Maßnahmen des Erblassers zum Schutz des Nachlasses gegen Verschwendung durch den Erben.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fred Behringer

aus Nürnberg,

Referendar an der Polizeidirektion Nürnberg.

Approbiert am 12. Mai 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

31:336

Maßnahmen des Erblassers zum Schutz des Nachlasses gegen Verschwendung durch den Erben.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fred Behringer

aus Nürnberg,

Referendar an der Polizeidirektion Nürnberg.

Approbiert am 12. Mai 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Universitätsprofessor Dr. Lent.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. § 1. Das Ziel des Erblassers. 1

1. Hauptteil. Das Recht des Erblassers Verfügungen von Todes wegen zu treffen und seine allgemeinen Schranken. 2
§ 2. Das Testierrecht des Erblassers. 2
§ 3. Die Formen der Verfügungen von Todes wegen. 4
§ 4. Die Schranken des Testierrechtes in persönlicher Hinsicht. 5
1. Die geschichtliche Entwicklung. 6
2. Geltendes Recht. 8
§ 5. Die Schranken des Testierrechtes in zeitlicher Hinsicht. 10

2. Hauptteil. Die Beschränkung des Pflichtteilsrechts. § 2338 BGB. 13
§ 6. Allgemeines. 13
§ 7. Die Voraussetzungen zu der Beschränkung des Pflichtteilsrechtes nach § 2338. 15
§ 8. Die nach § 2338 zulässigen Beschränkungen des Pflichtteilsrechtes des Abkömmlings. 18

3. Hauptteil. Die Maßnahmen des Erblassers. 22
§ 9. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen. 22
§ 10. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft. 23
1. Der allgemeine Charakter der Vor- und Nacherbschaft. 23
2. Die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen des Vorerben. 25
3. Die Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft. 30
4. Das Ergebnis der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft. 37
§ 11. Die Anordnung der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker. 38
1. Der Zweck der Verwaltung. 38
2. Die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker. 39
3. Das Ergebnis der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft in Verbindung mit der Anordnung der verwaltenden Testamentsvollstreckung. 45
§ 12. Kann der Erblasser diesen Erfolg auch durch andere Anordnungen erreichen? 46

Schluß. § 13. Gesamtwürdigung. 47

Literaturverzeichnis.

Binding, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB, 1905.

Boehm, Das Erbrecht des BGB, 1900.

Cosack, Lehrbuch des BGB, 1922, 7. Auflage.

Crome, System des bürgerlichen Rechtes, 1912.

Dernburg, Pand., System des römischen Privatrechtes, 1896/97, 5. Auflage.

— Das bürgerliche Recht, Band V, 3. Auflage 1911, bearbeitet von Engelmann.

Emde, Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers, Diss., Marburg 1922.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Erbrecht 1928, 28.—30. Auflage.

Förster-Kann, Die Deutsche Zivilprozeßordnung, 1926, 3. Auflage.

Frommhold, Kommentar zum BGB, Bd. V, Das Erbrecht, 1900.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1906, 8. und 9. Auflage.

Hachenburg, Vorträge, Studien zum Erbrecht, Mannheim 1900.

Holtz, Die verwaltende Testamentsvollstreckung der §§ 2209, 2210 BGB, Diss., Tübingen 1907.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 1914, 5. Auflage.

Kipp, Der Parteiwille unter der Herrschaft des BGB, Prorektoratsrede, 1899, Erlangen.

Knoepfel, Die zeitlichen Schranken der Verfügungsmacht des Testators im BGB, Diss., Darmstadt 1910.

Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen BGB, 1910.

Leonhard, Kommentar zum fünften Buch des BGB. Erbrecht, 1912, 2. Auflage.

Lindemann-Soergel, Das BGB, 1929, II. Bd., 4. Auflage.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB, 1899.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, amtliche Ausgabe, 1896.

OLG = Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung. 1901.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Band V, 1928/30, 4. Auflage.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB, 1899.

Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1913.
RGRK. = Reichsgerichtskommentar des BGB, 1928.
RG. = Reichsgerichtsentscheidung in Zivilsachen: in JW = in der juristischen Wochenschrift; im Recht = „Das Recht" (Lindemann-Soergel); in Seuff. Arch. = Seufferts Archiv.
Roth-Becher, Das bayerische Zivilrecht, 1897/98.
Ruhm, Die Rechtsstellung des Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Rechtssprechung des Reichsgerichts. Diss. Göttingen 1926.
Salinger, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 19.
Sydow-Busch-Kranz, Die Zivilprozeßordnung, 1930, 20. Auflage.
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB, 1906, 3. Auflage.
Schwerin, v. C., Deutsche Rechtsgeschichte, 1915, 2. Auflage.
— Grundzüge des Deutschen Privatrechtes, 1919.
Staudinger, Kommentar zum BGB, Bd. V, Erbrecht, 1928, 9. Auflage.
Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung, 2. Band, 1929, 14. Auflage.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechtes, 1885.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht nach dem BGB, 1904.
Thiesing, Über das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben. Im Arch. für zivilistische Praxis, Bd. 49.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 1906, 9. Auflage.
Wolffgarten, Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des nicht befreiten Vorerben, sowie Dritter über Gegenstände der Vorerbschaft nach dem heutigen BGB, Diss. Köln 1907.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0009

Einleitung.

§ 1. Das Ziel des Erblassers.

Mit dem Eintritt des Erbfalls geht das gesamte Vermögen des Erblassers auf den Erben über (§ 1922). Damit wird der Erbe Eigentümer des Nachlasses und erlangt über ihn grundsätzlich freie Verfügungsmacht, er kann über ihn nach seinem Gutdünken schalten und walten.

Nicht immer aber wird der Erblasser eine solche freie Verfügungsmacht seines künftigen Erben für angebracht halten. Die Gründe hiefür können verschiedener Art sein. Oft ist dem Erblasser ein großes Lebenswerk gelungen. Die Sicherstellung dieses Lebenswerkes über seine Zeit hinaus erscheint ihm so wichtig, daß er die Befriedigung der Erbansprüche erst in die zweite Linie rückt.[1] Im überwiegenden Maße aber werden die Gründe in der Person des Erben zu suchen sein. Dieser bietet dem Erblasser keine Gewähr, daß er den Nachlaß entsprechend seinem Willen verwenden wird.

Im vorliegenden Fall muß sich der Erblasser sagen, daß sein Nachlaß nicht im wahren Interesse des Erben verwendet wird. Der Erbe zeigte sich bisher der Verschwendung geneigt; vielleicht ist er dadurch schon in Verschuldung geraten. Es ist somit zu befürchten, daß er — einmal Erbe geworden — das Erbgut verschwenden oder sofort an seine Gläubiger verlieren und in wirtschaftliche Not geraten wird.[2]

Bei dieser Sachlage scheidet der Gedanke an einen Erben, der dem Erblasser bessere Gewähr bieten würde, aus. Denn als Erbe kommt hier nur der natürliche (gesetzliche) Erbe in Betracht. Dieser soll zu seinem Erbteil kommen, der Erblasser will sich seiner Verpflichtung ihm gegenüber nicht entziehen. Er sieht vielmehr seine Aufgabe darin, den Nachlaß vor Verschwendung zu schützen, um gerade dadurch den Erben zu seinem eigenen Nutzen in den Genuß des Nachlasses zu setzen.

Damit stehen die Maßnahmen des Erblassers grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge. Das Ziel soll aber bleiben, daß der Erbe tatsächlich Erbe wird. Andererseits muß die Verfü-

1. Z. B. das Hauptvermögen des Erblassers ist in einem wirtschaftlichen Unternehmen fundiert, das der Erblasser selbst gegründet oder als Familienunternehmen übernommen und durch seinen Fleiß hochgebracht hat.
2. Die Motive zu einem solchen Verhalten können verschiedener Art sein, z. B. es beherrscht den Erben der Ehrgeiz nach einer gesellschaftlich gehobenen Stellung, oder eine Sammlerleidenschaft u. dgl.

gungsfreiheit über den Nachlaß so weit beschränkt werden, daß sein Bestand weder durch ihn noch durch dritte Personen gefährdet werden kann. Er soll für die Dauer seines Lebens im Genuß des Erbgutes stehen.

Es besteht nun noch die Möglichkeit, daß der Erbe durch Verfügung von Todes wegen über das Erbgut die Mittel zu einem verschwenderischen Leben sich verschafft und damit die Absichten des Erblassers vereitelt. Deshalb sind die Maßnahmen des Erblassers daraufhin abzustellen, daß der Erbe sowohl in der Verfügung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch von Todes wegen über die Substanz des Nachlasses zu seinem eigenen Nutzen ausgeschlossen oder wenigstens beschränkt ist.

Auf welche Weise und in welchem Umfang der Erblasser das so umrissene Ziel erreichen kann, ergibt sich aus der Prüfung der Normen des geltenden Rechtes.

1. Hauptteil.

Das Recht des Erblassers, Verfügungen von Todeswegen zu treffen und seine allgemeinen Schranken.

§ 2. Das Testierrecht des Erblassers.

Für die Erreichung des Zieles des Erblassers ist grundlegend das Recht, das Schicksal seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tod zu bestimmen.

Unsere Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ist aufgebaut auf dem Grundgedanken der Anerkennung des Privateigentums, insonderheit des Individualeigentums.[1] Ein wichtiger Bestandteil dieses Gedankens ist die Aufstellung des Familienerbrechtes, d. h. des Rechtes, daß das Vermögen des Erblassers nach dessen Tod bestimmten, mit ihm verwandten Personen zufällt. Aus der Anerkennung des Individualeigentums ergibt sich aber andererseits auch die Anerkennung des Rechtes einer Person, als Eigentümerin des Vermögens und der hiedurch begründeten Verfügungsmacht über dasselbe, dessen Schicksal nach dem Tod zu bestimmen. Dieses Recht wird allgemein als das Testierrecht des Erblassers bezeichnet.

Die Anerkennung dieses Testierrechtes ist in unserem Erbrecht grundsätzlich durchgeführt. Zwar regelt das Gesetz zunächst selbst den Übergang (Erbfall) des Vermögens (Erbschaft, Nachlaß), der

1. Der Begriff Privateigentum sei hier nicht im Gegensatz zum öffentlichen Eigentum verstanden.

mit dem Eintritt des Todes einer Person (Erblasser) erfolgt, insbesondere auch die Frage, auf wen (Erben) dieses Vermögen übergeht.[2] Dieser gesetzlichen Erbfolge ist aber eine gewillkürte zur Seite gestellt, deren Grundlage diejenigen Willenserklärungen einer Person sind, durch welche sie über das Schicksal ihres Vermögens nach ihrem Tod bestimmt. (Verfügung von Todeswegen).[3] Das Verhältnis dieser beiden Erbfolgen zueinander ist ein subsidiäres, d. h. die gesetzliche Erbfolge greift immer dann und soweit ein, als der Erblasser nicht ausdrücklich durch Verfügung von Todeswegen bestimmte Anordnungen getroffen hat, die ganz oder teilweise von der gesetzlichen Erbfolge abweichen.[4]

Inwieweit der Erblasser in der Lage ist, jede Bestimmung der gesetzlichen Erbfolge in ihrer Wirkung durch Verfügung von Todeswegen auszuschalten, bleibt der nachfolgenden Untersuchung vorbehalten.[5] Es genügt vorläufig der Hinweis darauf, daß — abgesehen von bestimmten formellen Voraussetzungen — den rechtsgeschäftlichen Anordnungen von Todeswegen bestimmte Schranken gezogen sind. Das Gesetz gewährt nämlich zufolge seiner auf dem Prinzip der Familie und Verwandtschaft beruhenden Erfolgregelung[6] solchen Personen, die zu dem Erblasser in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis stehen, gegenüber dem Testierrecht des Erblassers ein Minimum einer erbrechtlichen Stellung. Dadurch wird aber regelmäßig nur die Wirkung der getroffenen Verfügungen berührt, nicht aber das Recht als solches, Verfügungen von Todeswegen zu treffen. Dieses ist vielmehr ein freies und höchst persönliches Recht. Der Erblasser kann es nicht anderen übertragen, sondern immer nur in eigener Person ausüben.[7] Es ist ein unverzichtbares Recht, insofern als Verträge, durch welche der Erblasser sich verpflichtet, von seinem Testierrecht keinen Gebrauch zu machen oder nur in bestimmter Richtung, nichtig sind.[8] Seiner Natur nach ist es unvererblich.[9]

2. s. §§ 1924 ff.
3. vgl. §§ 1937—1941, 2067 ff., 2087 ff., 2100 ff., 2147 ff. u. a.
4. s. RGRK. zu § 1924, Anm. 1.
5. s. § 4 und 5 der Arbeit.
6. §§ 1924 ff.
7. s. §§ 2064, 2065; die Bestimmungen der §§ 2151 ff., 2192 sind hievon keine Ausnahme, da auch hier der Erblasser auf alle Fälle den Zweck des Vermächtnisses oder der Auflage bestimmen muß.
8. § 2302.
9. vgl. RGRK a. a. O., Kretzschmar, S. 39 IV; Meischeider, §§ 16 u. 17.

§ 3. Die Formen der Verfügungen von Todeswegen.

Das Gesetz gibt dem Erblasser zwei Möglichkeiten, von seinem Recht Verfügungen von Todeswegen zu treffen Gebrauch zu machen, nämlich in der Form des Erbvertrages und in der des Testamentes.[1]

Das gemeinsame Charakteristikum des Testamentes und des Erbvertrages besteht darin, daß beide nur von Todes wegen wirksam werden, sodaß also auch selbst aus einem Erbvertrag von dem darin Bedachten zu Lebzeiten des Erblassers keine Rechte geltend gemacht werden können.[2]

Demgegenüber ergibt sich aber schon aus den Begriffen „Erbvertrag" und „Testament" ein wesentlicher Unterschied. Während das Testament ein einseitiges, lediglich auf dem Willen des Erblassers beruhendes Rechtsgeschäft ist, kommt ein Erbvertrag immer nur durch Mitwirkung einer dem Erblasser gegenüberstehenden Vertragspartei zustande. Aus dieser begrifflichen Unterscheidung folgt, daß das Testament jederzeit vom Erblasser widerrufen, bezw. durch ein neues Testament geändert werden kann, wenn sich der Wille des Erblassers ändert, sodaß im allgemeinen das Testament tatsächlich den letzten Willen des Erblassers enthält; deshalb bezeichnet man das Testament auch als letztwillige Verfügung.[3] Dagegen ist im Fall des Erbvertrages der Erblasser nicht in der Lage, diesen einseitig zu widerrufen; er bedarf vielmehr zu dessen Aufhebung oder Änderung der Zustimmung der Vertragspartei.[4] Verweigert diese ihre Zustimmung, so ist der Erblasser gebunden. Es tritt damit der sehr häufige Fall ein, daß die in einem Erbvertrag getroffenen Verfügungen in Wirklichkeit nicht den letzten Willen des Erblassers enthalten. Zwar besteht die Möglichkeit, daß der Erblasser sich ein Widerrufsrecht vorbehält.[5] Doch kommt der Charakter eines solchen Erbvertrages trotz seiner Vertragsnatur dem eines Testamentes so nahe, daß man in diesem Fall eigentlich nur noch von einer einseitigen Verfügung in der besonderen Form des Erbvertrages sprechen kann.[6]

Neben dieser wesentlichen Unterscheidung ist zu beachten, daß der mögliche Inhalt des Erbvertrages gegenüber dem freien des Testamentes auf bestimmte Anordnungen beschränkt ist, nämlich auf Erbeseinsetzung, Vermächtnisse und Auflagen.[7] Andere als diese Anordnungen können in einem Erbvertrag wenigstens vertragsmäßig

1. §§ 1941, 1937—40.
2. s. Cosack, S. 302 ff., Kretzschmar, S. 223.
3. vgl. hiezu Cosack a. a. O., Strohal S. 17.
4. s. Cosack, S. 332, Strohal a. a. O.; §§ 2290, 2291.
5. § 2293.
6. s. Kretzschmar, S. 222.
7. § 2278, Abs. 2.

nicht getroffen werden.[8] Weiter ist noch zu berücksichtigen, daß die Errichtung des Erbvertrages gegenüber der des Testamentes wesentlich erschwert ist. Der Erbvertrag kann grundsätzlich nur vor einem Notar oder Richter bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsparteien abgeschlossen werden,[9] während für das Testament neben anderen die vereinfachte des Privattestamentes üblich ist (§ 2231 Ziff. 2), wonach der Erblasser seinen letzten Willen unter Angabe des Ortes und der Zeit eigenhändig niederzuschreiben und diese Erklärung dann zu unterschreiben hat.

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, daß die geeignetere Form für die Durchführung des Zieles des Erblassers die des Testamentes ist, zumal der Erblasser die Anordnungen, die nicht Erbeseinsetzung, Vermächtnis oder Auflage zum Inhalt haben, doch als einseitige Verfügung treffen muß. Die Form des Erbvertrages wäre nur dann der des Testamentes vorzuziehen, wenn der durch die beschränkenden und beschwerenden Anordnungen Betroffene selbst Vertragspartei sein würde. Denn würde derselbe sich dazu bereit finden, einen Erbvertrag abzuschließen, der ihn in seiner Verfügungsfreiheit über das ihm Zugewendete beschränken soll, so würden sich damit die wesentlichen Schwierigkeiten von selbst erledigen. Demgegenüber liegt aber die Kernfrage doch darin: Wie und welche Anordnungen muß der Erblasser treffen, damit der Erbe nicht in der Lage ist, auf Grund der ihm gewährten Rechtsstellung die vom Erblasser getroffenen Maßnahmen unwirksam zu machen? Es ist deshalb davon auszugehen — wie die Erfahrung wohl auch allgemein beweist —, daß der durch die beabsichtigten Anordnungen des Erblassers Betroffene als Vertragspartei für einen Erbvertrag nicht in Frage kommt.

Damit ergibt sich, daß der Erblasser, abgesehen von der allgemein besseren Eignung des Testamentes, hier in sehr vielen Fällen auf die Form der letztwilligen Verfügung angewiesen ist.

§ 4. Die Schranken des Testierrechtes in persönlicher Hinsicht.

Wie bereits in § 3 angedeutet, sind dem an sich freien Testierrecht des Erblassers gesetzliche Schranken gezogen, die für die Wirksamkeit der Anordnungen des Erblassers von größter Bedeutung sind. Diese Schranken bestehen ganz allgemein gekennzeichnet darin, daß bestimmten Personen zum Schutz gewährter erbrechtlicher Ansprüche gewisse Rechte gegenüber der Testierbefugnis des Erblassers eingeräumt sind. Man bezeichnet diese Schranken als das

8. §§ 2278, 2299.
9. § 2276, Abs. 1 u. 2.

Pflichtteilsrecht.[1] Aus ihnen ergibt sich aber ein Gegensatz zu der aus der Anerkennung des Individualeigentums zu folgernden freien Verfügungsbefugnis. Um diesen Gegensatz, der letzten Endes eine Einschränkung des Individualeigentums bedeutet, richtig verstehen zu können, ist es notwendig, wenn auch nur kurz auf die geschichtliche Entwicklung unseres Rechtes in dieser Richtung einzugehen.

1. Die geschichtliche Entwicklung.[2]

Bei der überindividualistischen Rechtsauffassung über das Eigentum, wie sie den germanischen Stammesrechten zu Grunde lag, kann von einer Erbfolge im heutigen Rechtssinn nicht gesprochen werden. Hat doch diese zur Voraussetzung, daß der einzelne Mensch, das Individuum, Träger eines Vermögens ist. Damals aber gab es kein Vermögen des einzelnen, sondern nur ein solches der Familie, der Sippe, in der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Im Gegensatz zum römischen Recht war der Sohn der Nachkomme des Vaters, beide bildeten eine Personenmehrheit. Deshalb setzten sich bei dem Tod des Vaters die Vermögensgemeinschaft von selbst fort, indem sein ideeller Anteil an dem Gesamtvermögen den übrigen Mitgliedern der Sippe anfiel. Nach dieser germanischen Rechtsauffassung stellt sich also die Erbfolge als eine Vermögenskonsolidation der übrigen Familienmitglieder dar.

Aus ihr ergibt sich aber noch weiterhin, daß dem alten germanischen Recht jede Art von Verfügung von Todes wegen, insbesondere jede Beschränkung oder Enterbung eines Mitgliedes der Sippe, unbekannt war. Es galt die alte Rechtsformel: Deus solus facit heredem.

Auch die ersten Anfänge in der Entwicklung des Jndividualeigentums brachten in dieser Richtung zunächst keine Änderung. Die Entwicklung bestand nur darin, daß der Einzelne an den zum persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen, wie Kleidung, Waffen, Schlachtpferd u. a., ein gesondertes Eigentum hatte. Dieses Sondereigentum konnte aber nicht Gegenstand einer Erbschaft sein. Nach heiligem Brauch wurde es dem Verstorbenen mit ins Grab gelegt oder mit ihm verbrannt. Erst mit dem Abgehen von diesem Brauch und der Erweiterung des Sondervermögens des Einzelnen, insbesondere dessen Ausdehnung auch auf Liegenschaften, konnte der Erblasser auch durch rechtsgeschäftliche Anordnung von Todes wegen über sein Sondervermögen verfügen. Die erste Form der Verfügung von Todes wegen war nach und neben der sogenannten Vergabung von Todes

1. s. §§ 2303 ff.
2. vgl. hiezu Stobbe, Bd. 5, § 305; Roth-Becher, Bd. 3, §§ 370 ff. Endemann III, §§ 156/7; Dernburg, Pand. Bd. 3, § 137; Windscheid-Kipp, Bd. 3, §§ 574, 593; C. v. Schwerin, S. 141; Radbruch, S. 51 ff.; Meischeider, § 10; Motive V, S. 358.

wegen[3] die des Erbvertrages, zunächst wohl nur unter Ehegatten zulässig. Als Parallelerscheinung hiezu ist das Aufkommen des Erbverzichtsvertrages festzustellen. Davon getrennt entwickelte sich schon in der fränkischen Zeit unter dem Einfluß der Kirche die vom römischen Recht übernommene Form des Testamentes, das sind einseitige letztwillige Verfügungen, die zunächst nur für kirchliche Stiftungen zum Heil der Seele (Seelgerät) zulässig waren, dann aber auch für weltliche Zwecke zur Anwendung kamen.

Nach dieser geschichtlichen Darlegung hatte die Verschiebung der Eigentumsverhältnisse von der überindividualistischen zur individualistischen Auffassung das Recht des Einzelnen, über sein Vermögen von Todes wegen zu verfügen, zur Folge. Mit der Betonung des Rechtes des Einzelindividuums entstand aber andererseits das Bedürfnis, die durch das um sich greifende Testierrecht gefährdete Stellung der Familienmitglieder in erbrechtlicher Beziehung zu sichern, insbesondere deren Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge zu verhindern. Bisher war eine solche unmöglich, die gesetzliche Erbfolge unumstößlich. Dann versuchte man sie dadurch zu umgehen, daß man den Bedachten in die Sippe aufnahm, was anfänglich nur möglich war, wenn der Erblasser keine Aszedenten und Deszedenten hinderließ.[4] Später kam die sog. Vergabung von Todeswegen[5] auf. Der Erblasser vertraute einem Treuhänder, dem Salmann, das zu vergebende Gut an und dieser hatte es nach dem Tod des Erblassers dem Bedachten zu übergeben.[6,7] Mit der zunehmenden Testierfreiheit im Mittelalter ging man dazu über, die erbrechtliche Stellung der Familienmitglieder dadurch zu sichern, daß man dem Erblasser ein freies Testierrecht nur über einen geringeren Teil des Nachlasses gewährte;[8] die größere Hälfte fiel den gesetzlichen Erben als unentziehbares Erbgut zu. Doch konnte sich diese Regelung in der Zeit der Reception keine allgemeine Geltung gegenüber der Einführung des römischrechtlichen Institutes des Pflichtteilsrechtes verschaffen. Dieses gewährt den auf einen bestimmten Personen-

3. s. weiter unten.
4. So z. B. im longobardischen Recht, vergl. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechtes §§ 103—106.
5. So im salfränkischen Recht, s. Schwerin a. a. O.
6. Mit der Fortbildung der Testierfreiheit wurde aus diesem Treuhänder der Testamentsvollstrecker des heutigen Rechtes (§ 2197), der vom Erblasser zur Vollstreckung seines letzten Willens bestellt wurde.
7. Daneben bildeten sich noch andere Formen rein sachenrechtlicher Natur aus wie die donatio post obitum und die Schenkung unter Vorbehalt des Nießbrauches.
8. Ursprünglich nur möglich hinsichtlich des Sondervermögens, dann aber auch über einen Teil des gesamten Vermögens, den sog. Freiteil, die disponible Quote.

kreis beschränkten gesetzlichen Erben des Erblassers ein unter gewöhnlichen Verhältnissen unentziehbares Recht auf einen Bruchteil des Erbteiles, den der Berechtigte, wenn der Erblasser ohne Verfügung von Todes wegen gestorben wäre, als seinen gesetzlichen Erbteil zu beanspruchen gehabt hätte. Die Bedeutung dieses Jnstitutes besteht also darin, daß das Hauptgewicht nicht auf eine formelle Erbeseinsetzung des übergangenen oder unberechtigt enterbten gesetzlichen Erben, sondern auf dessen materielle Beteiligung am Wert des Nachlasses gelegt wird.[9]

Dieses Rechtsinstitut gelangte wenigstens auf deutschem Boden unter verschiedenen Modifikationen hinsichtlich der Fragen, welche Personen pflichtteilsberechtigt sein sollen, in welcher Höhe ihre Beteiligung am Nachlaß anzusetzen sei und in welcher Form der Erblasser, ob durch Vermächtnis, durch Schenkung oder auch durch Ausstattung diesem Pflichtteilsrecht genügen könne, zur fast ausschließlichen Geltung und wurde deshalb auch in fast allen Partikularrechten des 18. und 19. Jahrhunderts aufgenommen. Eine Ausnahme machte lediglich der Code civil, dessen geschichtliche Vorentwicklung sich von den Einflüssen der Reception freier zu halten vermochte. Er gewährte eine Testierfreiheit nur dann, wenn der Erblasser weder Abkömmlinge noch Eltern hinterließ.[10] Das Bürgerliche Gesetzbuch folgte der Allgemeinentwicklung, indem es die Ansprüche bestimmter gesetzlicher Erben durch das Institut des Pflichtteilsrechtes regelte.

2. Geltendes Recht.

Auf der einen Seite waren bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die Anerkennung erbrechtlicher Ansprüche bestimmter gesetzlicher Erben die Gründe maßgebend, die sich aus ethischen, sozialen und rechtspolitischen Erwägungen heraus unter Beobachtung der Rechtsentwicklung aus dem Familienverhältnis ergeben. Andererseits aber wurde eine Regelung nach dem Vorbild des Code civil, die der älteren deutschen Rechtsauffassung noch mehr entsprochen hätte, abgelehnt. Man ging vielmehr von dem Gedanken aus, daß der Erblasser von sich selbst die allgemein bestehende Rechtspflicht gegenüber seinen Familienangehörigen erkennen und beachten und deshalb von der ihm gewährten Testierfreiheit keinen Mißbrauch machen werde, sodaß nur für die Fälle der Verletzung dieser Rechtspflicht vorsorglich gesetzliche Maßnahmen aufzustellen seien.[11]

9. Das Noterbenrecht, insbesondere das formelle, wurde wohl auch verschiedentlich recipiert, doch durch das Pflichtteilsrecht vollkommmen verdrängt.
10. Art. 913 ff. C. c.
11. s. Mot. V, S. 382 ff.

Damit löst sich auch der Widerspruch zwischen der Anerkennung des Individualeigentums und der durch das Pflichtteilsrecht gegebenen Beschränkung der Verfügungsfreiheit von Todes wegen. Denn es liegt der Anerkennung des Individualeigentums der höhere Gesichtspunkt zu Grunde, daß der Träger des Eigentums in besonderem Maß zu einem sittlichen und sozialen Verhalten verpflichtet ist und ihm damit von selbst die Grenzen für seine Verfügungsfreiheit über dasselbe gezogen sind. Davon ausgehend richtet das Gesetz nicht ein ausdrückliches Gebot an den Erblasser, von seinem Testierrecht keinen Mißbrauch zu machen, sondern bringt dieses Gebot nur mittelbar zum Ausdruck, indem es bestimmten gesetzlichen Erben, nämlich den Abkömmlingen, dem überlebenden Ehegatten und den Eltern des Erblassers[12] ein Pflichtteilsrecht gewährt. Dieses besteht darin, daß diese Berechtigten grundsätzlich den Anspruch auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteiles haben. Dieses Pflichtteilsrecht ist schlechthin ein absolutes mit bestimmtem Inhalt, es geht nicht auf formelle Erbeseinsetzung, sondern lediglich auf materielle Beteiligung am Nachlaß. Verstößt nun der Erblasser gegen dieses Gebot dadurch, daß er eine im allgemeinen pflichtteilsberechtigte Person durch Verfügung von Todes wegen überhaupt ausschließt oder in ihrem gesetzlichen Pflichtteil kürzt, so entsteht mit dem Tod des Erblassers aus diesem Pflichtteilsrecht nunmehr der Anspruch auf Leistung des Pflichtteilsbetrages. Dieser Anspruch stellt sich demnach dar als ein Forderungsrecht des Pflichtteilsberechtigten aus dem Nachlaß.

Im einzelnen ist die Regelung gemäß §§ 2303—2307 folgende: Der Erblasser setzt den Abkömmling in Höhe des gesetzlichen Pflichtteiles zum Erben ein: hier kann der Abkömmling keine weiteren Ansprüche geltend machen. Ist jedoch der dem Abkömmling hinterlassene Erbteil geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteiles, so kann er als Pflichtteilsberechtigter zur Ausgleichung von den übrigen Erben die Differenz verlangen, die sich aus der Subtraktion des Wertes des hinterlassenen Erbteiles von der Hälfte des gesetzlichen Erbteiles ergibt. Übersteigt der hinterlassene Erbteil nicht die Hälfte des gesetzlichen, ist er aber dem Abkömmling nur unter Beschränkungen und Beschwerungen zugewendet, so gelten letztere als nicht angeordnet (§ 2306). Unter Beschwerungen und Beschränkungen versteht man die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder -verwalters, die Anordnung eines Teilungsverbotes, eines Vermächtnisses oder einer Auflage, sei es mit oder ohne besondere zeitliche Bestimmungen.[13] Ist nun aber der

12. s. §§ 2303, 2309; das Pflichtteilsrecht der Eltern greift immer erst dann Platz, wenn keine zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind .

13. s. § 5 der Arbeit.

hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen, so hat der Pflichtteilsberechtigte ein Wahlrecht: entweder er nimmt den ihm hinterlassenen Erbteil mit den Beschränkungen und Beschwerungen an oder schlägt ihn aus und verlangt statt dessen den unbeschwerten Pflichtteil (§§ 2305, 2306). Der Pflichtteilsberechtigte kann aber auch unter Ausschaltung von der gesetzlichen Erbfolge in der Weise bedacht sein, daß ihm ein Teil des Nachlasses in der Form des Vermächtnisses zugewendet ist. In diesem Fall kann der Pflichtteilsberechtigte ohne Rücksicht auf den Wert des ihm zugewendeten Vermächtnisses dasselbe ausschlagen und seinen Pflichtteil geltend machen. Schlägt er es nicht aus, so hat er bis zu dem Betrag des Wertes des Vermächtnisses kein Recht auf den Pflichtteil. Beschränkungen und Beschwerungen bleiben bei der Berechnung des Wertes außer Ansatz. Wird der Wert des Pflichtteils nicht erreicht, so kann er wie oben die Differenz als Pflichtteilsrestanspruch geltend machen. (§ 2307).[14]

Demnach wird eine letztwillige Verfügung durch solche Anordnungen, die den Pflichtteilsberechtigen in der dargelegten Weise beschränken oder beschweren, als solche in ihrer Gültigkeit nicht beeinträchtigt. Dagegen steht es im allgemeinen[15] nicht in der Macht des Erblassers, daß das durch solche Anordnungen angestrebte Ziel auch nach seinem Tode wirklich erreicht werden wird. Darüber entscheidet vielmehr der Wille des Pflichtteilsberechtigten, der entweder die dargelegten Rechte geltend machen oder auf Grund praktischer Überlegung es vorziehen wird, das ihm Zugewendete mit den Beschränkungen und Beschwerungen anzunehmen.[16]

Aus der bisherigen Darlegung ergibt sich, daß der Erblasser im allgemeinen nur dann wirksame Sicherungsmaßregeln anordnen kann, wenn der durch sie Betroffene nicht pflichtteilsberechtigt ist.

§ 5. Die Schranken des Testierrechtes in zeitlicher Hinsicht.

Neben dieser Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht, deren große Bedeutung für das Ziel des Erblassers ohne weiteres zu erkennen ist, sind noch eine Reihe von

14. Dieses Pflichtteilsrecht ist die wichtigste Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers. Andere Schranken, abgesehen von den zeitlichen, wie sie durch Erbvertrag oder Vermächtnis gegeben sind oder auf Grund landesrechtlicher Bestimmungen gemäß den Art. 59, 64, 139, 216 EGBGB beruhen können bezw. konnten, müssen hier außer Betracht bleiben.
15. Die Ausnahmen von dieser allgemeinen Linie werden im zweiten Hauptteil der Arbeit behandelt.
16. Abgesehen von diesem Pflichtteilsrecht steht jedem Erben oder von Todes wegen Bedachten das Recht zu, seinen Erbteil bezw. das ihm Zugewendete überhaupt auszuschlagen, §§ 1942 ff.

Vorschriften[1] vorhanden, die darauf abzielen, die Wirksamkeit der getroffenen Anordnungen auch in zeitlicher Beziehung zu begrenzen.

Regelmäßig beabsichtigt der Erblasser mit einer Verfügung von Todes wegen eine Sonderregelung, die von der gesetzlichen Erbfolgeregelung mehr oder weniger abweicht. In vielen Fällen trifft er aber noch besondere Bestimmungen hinsichtlich des Eintrittes dieser Sonderregelung bezw. deren Dauer. So macht er etwa den Eintritt der Sonderregelung abhängig von einer Bedingung[2] oder er setzt für diesen Eintritt einen bestimmten Zeitpunkt fest.[3] Zunächst soll also die gesetzliche Erbfolgeregelung Platz greifen; diese wird dann dauernde Geltung erlangen, wenn jene Bedingung nicht eintritt. Umgekehrt ist auch die Anordnung denkbar, daß die Sonderregelung sofort mit dem Erbfall, dem Tod des Erblassers, zur Geltung kommen und an deren Stelle nach Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder der Bedingung die gesetzliche Erbfolge treten soll.[4] Schließlich ist auch noch der Fall zu erwähnen, daß der Erblasser eine immer von der gesetzlichen Regelung abweichende Erbfolge beabsichtigt.[5]

Für die Anordnung im einzelnen Fall wird immer ausschlaggebend sein der Wille des Erblassers, der durch das Ziel bestimmt ist, daß der Erblasser im eigenen Interesse bezw. in dem seiner natürlichen Erben und seiner Familie hinsichtlich seines Nachlasses im Auge hat.

Bis zum Eintritt der Sonderregelung bezw. der gesetzlichen Regelung wird aber ein Schwebezustand geschaffen, während dessen Dauer die erbrechtlichen Verhältnisse noch nicht endgültig geregelt, also noch ungeklärt und die an der Erbfolge Beteiligten in der Verwertung ihrer Rechte ganz oder teilweise behindert sind. Darin liegt für alle, insbesondere für die endgültig Berechtigten, die Gefahr der Möglichkeit der Beeinträchtigung ihrer Rechte. Dieser Schwebezustand trägt damit in sich das Moment der insbesondere durch die erhöhte Schwierigkeit der Beweisführung verursachten Rechtsunsicherheit. Sie wird umso größer, je später die endgültige Regelung erfolgt. Um ihr im Interesse der Allgemeinheit wie des einzelnen Betroffenen und auch aus volkswirtschaftlichen Gründen abzuhelfen, setzt

1. §§ 2109, 2162, 2163, 2209, 2210.
2. Der Erblasser ordnet z. B. an: Für den Fall, daß meine Tochter A sich mit dem B verlobt, soll sie lediglich den Pflichtteil erhalten.
3. Z. B.: Am 1. 1. 1950 . . ., Nach 10 Jahren . . ., Mit dem Tag der Volljährigkeit meines Sohnes . . ., Nach dem Tod meiner Frau.
4. Z. B.: Mein Sohn Zacharias soll bis zu seinem 30. Lebensjahre einen Testamentsverwalter erhalten.
5. Z. B.: Meine Frau soll Alleinerbin sein. Jedoch bestelle ich ihr meinen Freund G. als Testamentsverwalter; im Falle ihrer Wiederverheiratung vermache ich unter Ausschluß meiner sämtlichen Verwandten von der Erbfolge mein gesamtes Vermögen dem städtischen Waisenhaus Nürnberg.

das Gesetz auch hier der Willkür des Erblassers eine Grenze, indem es bei den verschiedenen erbrechtlichen Instituten eine allgemeine Höchstgrenze von 30 Jahren für die Dauer des Schwebezustandes festsetzt. Diese Höhe ergab sich aus der Anlehnung an die für eine Reihe von anderen Rechtsverhältnissen aus der gleichen Erwägung heraus aufgestellte Frist von 30 Jahren, wie z. B. die Verjährung des Rechtes, eine Leistung zu verlangen (§ 195), die Er- bezw. Versitzungsfrist von dinglichen eingetragenen Rechten an Grundstücken (§§ 900, 901), die Höchstbefristung gewisser Kündigungsrechte (§§ 576 S. 2, § 1202 Abs. 2) oder für die Ausübung des Wiederkaufsrechtes (§§ 503, 382). Auch für erbrechtliche Zwecke hielt man diese Frist, die der durchschnittlichen Dauer eines Menschenlebens entspricht — vom Zeitpunkt des Erbfalles an gerechnet —, für geeignet und genügend.[6]

Die Rechtswirkung dieser Fristbegrenzung besteht nun — abgesehen davon, daß die zeitlichen Anordnungen in Verbindung mit sonstigen beschwerenden oder beschränkenden durch die Geltendmachung des Pflichtteils unwirksam werden — darin, daß diejenigen Anordnungen, die von vorneherein auf eine Dauer über 30 Jahre abgestellt sind, von Anfang an nichtig sind.[7] Ist aber die Möglichkeit gegeben, daß der Zeitpunkt der endgültigen Regelung in diese 30 jährige Frist fällt oder ist deren Eintritt auf Grund der Anordnungen vor dem Ablauf der 30 Jahre sicher, so werden sie grundsätzlich mit dem Ablauf der 30 Jahre unwirksam und damit die erbrechtlichen Verhältnisse endgültig geregelt.

Doch war im Hinblick auf den Zweck besonderer erbrechtlicher Institute die Notwendigkeit gegeben, einige von dieser Normalfrist abweichende Sondervorschriften aufzustellen. Diese tragen besonderen Absichten des Erblassers Rechnung und lassen eine Überschreitung dieser Frist dann zu, wenn die Frist auf die konkrete Lebensdauer einer zur Zeit des Erblassers bereits lebenden oder doch bereits erzeugten Person abgestellt wird.[8, 9]

Demnach ist dem Erblasser auch die zeitliche Regelung seiner Anordnungen nicht freigestellt. Er hat zwar die Möglichkeit, die zeitliche Gültigkeit seiner Anordnungen der Lebensdauer des Betroffenen gleichzusetzen, es ist aber nicht denkbar, daß der Erblasser eine zeitliche Anordnung trifft, die nicht zugleich eine Beschränkung oder

6. Vgl. Prot. V, S. 86; Kipp, Prorektoratsrede, S. 8; Knöpfel, Diss., S. 60.
7. Allgemein wird die Ansicht vertreten, daß eine Verkürzung einer über 30 Jahre hinausgehenden Frist dann zulässig sei, wenn sich aushilfsweise ein dahingehender Wille des Erblassers ermitteln läßt; § 2084; so z. B. RGRK zu § 2109, Frommhold und Staudinger, ebenda.
8. Vgl. hiezu Mot. V, S. 90 ff., Prot. V, S. 86, 214, 237, VI, S. 91 ff.
9. z. B. §§ 2109, 2162/63, 1923.

Beschwerung des Pflichtteilsrechtes bildet. Deshalb ist hier wiederum festzustellen, daß der Erblasser auch zeitliche Verfügungen im allgemeinen nur dann wirksam anordnen kann, wenn der Betroffene nicht pflichtteilsberechtigt ist.

2. Hauptteil.

Die Beschränkung des Pflichtteilsrechtes.

§ 2338 BGB.

§ 6. Allgemeines.

Die Prüfung der Grundlage, auf welcher der Erblasser sein Ziel erreichen kann, hat gezeigt, daß die Rechtsstellung des Erblassers gegenüber seinen Familienangehörigen in erbrechtlicher Beziehung durch die dargelegten Bestimmungen eine Begrenzung erfährt. Diese ergibt sich aus der Gegenüberstellung der persönlichen Interessen des Erblassers und der bestehenden Rechtsverpflichtung gegenüber seiner Familie.[1] Eine solche Regelung der Beschränkung der Testierfreiheit ist aber nur dann berechtigt, wenn der Verpflichtung des Erblassers auch sittliche Pflichten des Erben gegenüberstehen. Sie zwingt zu einer anderen Gestaltung der Testierfreiheit, wenn der Erbe durch sein Verhalten besonders dem Erblasser gegenüber zum Ausdruck bringt, daß er solche für ihn bestehende Pflichten verneint. Der Erbe verliert die sittliche Berechtigung, eine Beteiligung am Nachlaß zu verlangen, wenn er sich schwerer Verfehlungen gegenüber dem Erblasser oder den übrigen Familienangehörigen schuldig gemacht hat. In diesen Fällen ist es in das Ermessen des Erblassers zu stellen, ob er einen solchen Erben nicht ganz oder teilweise enterben, bezw. ihm den Pflichtteil entziehen will.[2]

Das Gesetz faßt diese Fälle in dem Institut der Pflichtteilsentziehung (§§ 2333—37) zusammen. Nach diesen Bestimmungen steht dem Erblasser unter ganz bestimmten, erschöpfend behandelten Voraussetzungen das Recht zu, seinem Abkömmling oder Ehegatten durch letztwillige Verfügung den Pflichtteil zu entziehen.[3]

1. Damit steht nicht im Zusammenhang das Recht des Erben, auf seinen ihm zukommenden Erbteil von vorneherein zu verzichten oder nach Eintritt der Erbfolge denselben oder das ihm Zugewendete auszuschlagen. Dieses Recht ist vielmehr die selbständige Auswirkung seiner eigenen Rechtspersönlichkeit. (§§ 2346 ff., 1942 ff., 2176 und 2180).
2. Mot. V, S. 437 ff., Meischeider, S. 525.
3. Schon im älteren römischen Recht begründete ein allgemein als lieblos zu bezeichnendes Verhalten des Descendenten gegen den Ascendenten das Recht zur Enterbung. Später ging man von dieser allgemein gehaltenen Voraussetzung zu deren Spezialisierung über. In dieser Form fand das römischrechtliche Institut der Enterbung Eingang in die deutschen Partikularrechte. S. Mot. V, S. 431, Windscheid-Kipp, Bd. III, §§ 589 ff., Roth-Becher, §§ 373 ff.

Dieses Institut wird durch das der Erbunwürdigkeit ergänzt (§§ 2339 ff.). Darnach besteht die Möglichkeit des Verlustes des Pflichtteils auch in den Fällen, in denen der Erblasser gerade durch das ehrlose Verhalten des Erben verhindert worden ist überhaupt eine oder eine diesem Verhalten Rechnung tragende Verfügung von Todes wegen zu treffen.

Dieser Pflichtteilsentziehung liegt der Gedanke der Vergeltung für ein dem Erblasser und seiner Familie zugefügtes entehrendes und verbrecherisches Verhalten des Erben zu Grunde. Es sind aber noch andere Fälle denkbar, in denen das Verhalten des Erben den Erblasser nicht zu strafenden, sondern im Interesse des Erben selbst gelegenen fürsorglichen Maßnahmen bestimmen kann. In solchen Fällen wird der Erblasser sich oft verpflichtet fühlen, den Erben zu seinem eigenen Vorteil in der Verfügungsfreiheit über das ihm Zugewendete zu beschränken. Die Berechtigung hiezu erkennt das Gesetz an und trägt ihr Rechnung.

Die Zulassung einer solchen „in guter Absicht" erfolgten Beschränkung ist aus der römischrechtlichen „exheredatio bona mente" hervorgegangen. Nach ihr konnte der Vater den Sohn dann enterben, wenn dieser geisteskrank und verschwenderisch war.[4] Unter gleichen und ähnlichen Voraussetzungen ließen auch das gemeine Recht und die späteren Partikularrechte eine Belastung des Pflichterben oder nur des Descendenten durch die Anordnungen von Beschwerungen oder Beschränkungen zu. Im Anschluß an diese Rechtsentwicklung kam es im geltenden Recht zu den Vorschriften, die man als das Institut der „Enterbung in guter Absicht" bezeichnet.[5] Sie gewähren in Verfolgung des dem Testrierrecht und seinen Schranken zugrunde liegenden Gedankenganges der Privatautonomie des Erblassers unter bestimmten Voraussetzungen einen größeren Spielraum und ermöglichen es ihm, durch Anordnungen bestimmter Art die im Interesse des Abkömmlings[6] notwendigen fürsorglichen Maßnahmen wirksam zu treffen.

Es ist ohne weiteres zu erkennen, daß dieses Institut der Beschränkung des Pflichtteilsrechtes für die vorliegende Arbeit von hervorragender Bedeutung ist. Denn in den meisten Fällen, in denen der Erblasser die in § 1 der Arbeit dargelegte Absicht hegt, wird es sich um einen Sohn handeln, der ein Verschwender ist. Es ist deshalb geboten, die Voraussetzungen des § 2338 und die danach zulässigen Sicherungsmaßnahmen eingehend zu erörtern.

4. Vgl. hiezu Windscheid-Kipp, Bd. III, § 583, Endemann, Römisches Privatrecht, S. 235.
5. Diese heute noch übliche Bezeichnung ist insofern ungenau und irreführend, als es sich nicht um eine Pflichtteilsentziehung, sondern um eine Beschränkung des Pflichtteilsrechtes handelt.
6. Mot. V, S. 422 ff.

§ 7. Die Voraussetzungen zu der Beschränkung des Pflichtteilsrechtes nach § 2338.

Das Gesetz setzt für eine Pflichtteilsrechtsbeschränkung in guter Absicht voraus, daß „sich der Abkömmling in solchem Maß der Verschwendung ergeben hat oder in solchem Maß überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird." Diese Voraussetzungen sind somit abgestellt auf ein tatsächliches Verhalten oder einen Zustand in wirtschaftlicher Beziehung.

Der Begriff der Verschwendung läßt sich nicht definieren, da er seinem Wesen nach immer eine Untersuchung der im einzelnen Fall gegebenen Verhältnisse erfordert.[1] Dies ergibt sich aus den diesem Begriff zugrunde liegenden Merkmalen.

Zunächst wird bei der Prüfung der Frage, ob eine Verschwendung vorliegt, festzustellen sein, in welchem Verhältnis die Ausgaben einer Person zu deren Einnahmen oder Gesamtvermögen stehen. Denn regelmäßig äußert sich die Verschwendung darin, daß jemand so große Ausgaben macht, daß man geneigt ist, solche Ausgaben im Vergleich zu den Verhältnissen des Ausgebenden als Verschwendung zu beurteilen. So wird man denjenigen, der relativ kleine Ausgaben macht, doch schon dann einen Verschwender nennen, wenn diese an sich kleinen Ausgaben im Verhältnis zu seiner ganzen Vermögenslage übermäßig groß sind oder nur so erscheinen. Andererseits aber kann derjenige, dem große Mittel zur Verfügung stehen, nicht schon deshalb als ein Verschwender bezeichnet werden, weil er sehr große Ausgaben macht. Aus dieser Gegenüberstellung ist ohne weiteres zu ersehen, daß man erst dann Ausgaben als verschwenderisch wird beurteilen können, wenn den Ausgaben kein entsprechender Gegenwert gegenüber steht, der bei Berücksichtigung der ganzen Verhältnisse dieselben rechtfertigt. Deshalb müssen also die Ausgaben nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch unnötig, unnütz, also unwirtschaftlich sein. Mit dieser Charakterisierung allein ist aber der Begriff der Verschwendung noch nicht erschöpft.[2] Vielmehr zwingt derselbe zu einem Inbeziehungsetzen des unwirtschaftlichen Verhaltens zu der Persönlichkeit selbst. Das unwirtschaftliche Verhalten muß in einem Zusammenhang stehen mit den persönlichen Eigenschaften, die einen Hang zu unwirtschaftlichen und unnötigen Ausgaben erkennen lassen, wie z. B. Leichtsinn, Liederlichkeit, Trunksucht und Ähnlichem.[3]

1. Mot. I, S. 63; Prot. I, S. 33 ff.
2. RG in Seuff. Arch. 63, Nr. 266.
3. Vgl. hiezu Mot. I, a. a. O., V, S. 438; Prot. I, a. a. O.; Dernburg I, § 64, 3; Staudinger, § 6, § 2338; RGRK, § 6, § 2338; Frommhold.

Dem Begriff der Verschwendung liegen somit zwei wesentliche Merkmale zugrunde, die subjektive Seite: der sich aus den persönlichen Eigenschaften ergebende Hang zu sinnlosen Ausgaben, und die objektive Seite: die Unwirtschaftlichkeit und Unzweckmäßigkeit der Ausgaben.

Es ist dabei nicht immer erforderlich, daß der Verschwender sein Vermögen für sich verbraucht. Unter Umständen kann auch dann eine Verschwendung vorliegen, wenn das Vermögen fremden Idealen, z. B. caritativen Zwecken zugeführt wird. Eine Verschwendung kann aber auch darin erblickt werden, daß jemand aus dem Hang zu einem unwirtschaftlichen Verhalten heraus die ihm gehörenden, zur Nutzung bestimmten Werte zwecklos ungenutzt, brach liegen läßt.[4] Auch eine Geschäftsführung kann unter Umständen als eine Verschwendung beurteilt werden, wenn sie aus wirtschaftlich unbegründeten Motiven über den Rahmen des Umfanges des Geschäftsbetriebes hinausgeht.

Neben den Begriff der Verschwendung stellt das Gesetz noch den der Überschuldung. Eine solche liegt dann vor, wenn die passive Vermögenslage die aktive übersteigt. Diese Überschuldung kann, muß aber nicht auf ein verschwenderisches Leben des Abkömmlings zurückzuführen sein. Die Gründe können wohl auf der einen Seite in der Person des Abkömmlings begründet sein, z. B. mangelnder Fleiß, Geschäftsuntüchtigkeit. Sie können aber andererseits auch außerhalb seiner Person liegen, wie z. B. eine allgemeine wirtschaftliche Depression, die den Zusammenbruch selbst gesunder Unternehmungen zur Folge hat, oder Naturereignisse, wie z. B. eine Feuersbrunst.

Jedoch berechtigt der Umstand, daß der Abkömmling entweder verschwenderisch oder überschuldet ist, als solcher den Erblasser noch nicht zur Anordnung der gemäß § 2338 zulässigen Beschränkungen. Es müssen im einzelnen Fall solche Anhaltspunkte gegeben sein, die die berechtigte Besorgnis begründen, daß das aus irgendwelchen Erwerbsquellen, insbesondere aus der Erbschaft selbst zufließende Vermögen gleichfalls verschwendet oder infolge der Überschuldung in die Hände der Gläubiger des Abkömmlings fallen werden wird. Diese Besorgnis wird auch nicht dadurch ausgeschlos-

Forts. von Anm. 3.

§ 2338; Endemann III, § 134; Schiffner, S. 79 ff.; KG in OLG Bd. 44, S. 106, RG in JW 1901, S. 475, 1905, S. 166, 1906, S. 188, im Recht 1908, Nr. 1319.

4. RG in JW 1914, S. 862.

sen, daß der Abkömmling entmündigt ist.[5] Andererseits braucht auch nicht die Gefahr des Notstandes vorzuliegen oder die Entmündigung bereits ausgesprochen zu sein; Fälle der Trunksucht oder der Geisteskrankheit als solche berechtigen also noch nicht zu Maßnahmen nach § 2338.[6]

Die Gültigkeit einer Anordnung nach § 2338 ist aber noch an weitere Voraussetzungen gebunden. Das Gesetz verweist in dieser Richtung in der Hauptsache auf die Bestimmungen des § 2336 Abs. 1—3, wonach hiefür die Vorschriften für die Pflichtteilsentziehung zur entsprechenden Anwendung kommen. Darnach hat die Anordnung durch letztwillige Verfügung zu erfolgen (§ 2336 Abs. 1). Doch schließt diese Bestimmung nicht die Möglichkeit aus, daß die Anordnung auch im Rahmen eines Erbvertrages erfolgen kann; denn nach § 2299 kann jeder der Vertragschließenden in einem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann. Hat der Erblasser schon einen Erbvertrag abgeschlossen, so ist er an diesen nicht mehr gebunden, wenn die Voraussetzungen zu Maßnahmen nach § 2338 erst nachträglich eintreten und soweit der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers ist.[7] Aus dem Wesen der Bestimmung des § 2338 ergibt sich, daß der Grund zur Pflichtteilsrechtsbeschränkung immer in dem Zeitpunkt gegeben sein muß, in welchem das Testament errichtet wird (§ 2336 Abs. 2). Eine Anordnung nach § 2338 ist also nicht schon dann zulässig, wenn der Erblasser befürchtet, daß sein Abkömmling sich erst zu einem Verschwender entwickeln oder in Überschuldung geraten werden wird. Eine lediglich auf Grund einer derartigen Befürchtung getroffene Verfügungs-

5. Dagegen wird angeführt, daß bei bestehender Entmündigung § 2338 deshalb nicht anwendbar ist, weil der spätere Erwerb durch Verschwendung nicht mehr gefährdet sei; so Schiffner S. 80 Endemann III § 166, Staudinger § 2338 Anm. 2. Diese Ansicht ist m. E. nicht zutreffend. Wohl ist nach § 2336 Abs. 2 in Verbindung mit § 2338 Abs. 2 S. 1, erforderlich, daß der Grund zu einer Anordnung nach § 2338 Abs. 1 z. Zt. der Errichtung der letztwilligen Verfügung besteht (s. hierzu S. 28). Doch bewirkt die Entmündigung nicht die Beseitigung der Verschwendungssucht als solche, sondern lediglich deren Auswirkungen. Da aber die Entmündigung jederzeit wieder aufgehoben werden kann und der Erblasser keine Möglichkeit hat, deren Dauer zu bestimmen, ist jedenfalls seine Besorgnis, daß der spätere Erwerb des Abkömmlings gefährdet ist, durch die bestehende Entmündigung nicht notwendig ausgeschlossen, so RGRK, Planck z. § 2338, Kretschmar S. 530.

6. OLG Bd. 21, S .345.

7. Entsprechende Möglichkeit hat der Erblasser auch im Fall eines korrespondierenden Testamentes. (§ 2271, Abs. 3). Im übrigen vgl. hiezu § 4 der Arbeit.

beschränkung ist auch dann nicht wirksam, wenn z. Zt. des Erbfalles die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen. Deshalb muß der Grund zu einer Anordnung nach § 2338 auch in der letztwilligen Verfügung angegeben sein. (§ 2336, Abs. 2). Jedoch erfordert diese Angabe nicht eine genaue Darlegung des Einzeltatbestandes; es genügt, wenn sie in einer allgemeinen, nicht nur dem Abkömmling verständlichen Weise erkennen läßt, durch welche Umstände die Anordnungen des Erblassers motiviert sind.[8] Denn nicht der Erblasser hat die Pflicht, im einzelnen den Nachweis dafür zu erbringen, daß seine Anordnung gemäß § 2338 zulässig sind; die Beweislast hiefür trifft vielmehr denjenigen, der die Beschränkung nach § 2338 geltend macht (§ 2336, Abs. 3).

Muß die Anordnung zur Zeit ihrer Errichtung gemäß den Voraussetzungen des § 2338 begründet sein, so verliert sie doch ihre Wirksamkeit ipso iure, wenn diese Voraussetzungen zur Zeit des Erbfalles nicht mehr vorhanden sind, da sich der Abkömmling von seiner verschwenderischen Lebensweise dauernd abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht (§ 2338, Abs. 2, Satz 2). Hiefür ist gleichgültig, aus welchen Gründen der Abkömmling sich von der Verschwendung abgewendet hat oder infolge welcher Umstände er nicht mehr überschuldet ist.

§ 8. Die nach § 2338 zulässigen Beschränkungen des Pflichtteilsrechts des Abkömmlings.

Der Zweck der Bestimmung des § 2338 verfolgt die Fürsorge des Erblassers für seinen Abkömmling. Deshalb müssen die Anordnungen des Erblassers darauf hin abzielen, daß der Abkömmling besonders in wirtschaftlicher Beziehung sichergestellt wird. Dieser Erfolg kann aber bei den gegebenen Voraussetzungen, dem verschwenderischen Verhalten oder der Überschuldung des Abkömmlings nur dann erreicht werden, wenn er lediglich die Erträgnisse des ihm zugewendeten Vermögens erhält, im übrigen aber ihm selbst jede Art der Verfügung über die Substanz dieses Vermögens und seinen persönlichen Gläubigern der Zugriff auf diese entzogen ist.[1]

Das Gesetz stellt in dem § 2338 in Verfolgung dieses Zieles mehrere Beschränkungsanordnungen auf.

Die eine Beschränkungsverfügung besteht in der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft oder eines Vor- und Nachvermächtnisses. Sie hat jeweils in der Weise zu erfolgen, daß „nach dem Tod

8. OLG, Bd. 21, S. 341, Bd. 24, S. 99, Bd. 36, S. 240, Bd. 10, S. 313.
1. Mot. V, S. 438 ff.; Prot. V, S. 565 ff.

des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen".

Demnach hat der Erblasser die Wahl, den Abkömmling als Vorerben oder Vorvermächtnisnehmer zu bedenken. Im letzteren Fall schließt er ihn von der gesetzlichen Erbfolge aus und gewährt ihm lediglich ein Forderungsrecht auf das ihm Vermachte gegen den mit dem Vermächtnis Beschwerten.[2] Hinsichtlich der Einsetzung zum Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer ist der Erblasser auf die gesetzlichen Erben des Abkömmlings angewiesen.[3] Und zwar hat deren Berufung jeweils in ihrer Gesamtheit zu erfolgen; die Ausschließung eines Einzelnen, z. B. der Ehefrau des Abkömmlings, ist unzulässig.[4] Die Berufung der Gesamtheit der gesetzlichen Erben schließt jedoch nicht das Recht des Erblassers aus, sie auf die gesetzlichen Erben der ersten Ordnung oder der beiden ersten Ordnungen u. s. w. zu beschränken.[5] Was schließlich die Höhe des zugewendeten Vermögens anlangt, so ergibt sich aus § 2338, daß der Erblasser zu einer weiteren Beschränkung als der bis auf die Höhe des Pflichtteils nicht berechtigt ist. Das dem Abkömmling hinterlassene Vermögen muß wenigstens den Wert der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils betragen. Die Dauer einer solchen Pflichtteilsrechtsbeschränkung bleibt von der allgemeinen Frist von 30 Jahren unberührt, da sie nicht auf die abstrakte, sondern die konkrete Lebensdauer (des Abkömmlings) abgestellt ist.[6]

Die andere nach § 2308 zulässige Beschränkung hat zum Inhalt, daß der Erblasser dem Abkömmling das Recht zur Verwaltung über das ihm hinterlassene Vermögen durch Übertragung an einen Testamentsvollstrecker entzieht. In diesem Fall hat der Abkömmling den Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. Auch hier wird das Amt des Testamentsvollstreckers von der dreißigjährigen Frist nicht berührt.[7]

Diese beiden Beschränkungsmöglichkeiten des § 2338 können, müssen aber nicht gleichzeitig und nebeneinander angeordnet werden.[8]

2. §§ 2174 (2176).
3. Mit dieser Beschränkung wird der Zweck verfolgt, den Nachlaß der Familie zu erhalten, Mot. u. Prot. a. a. O.
4. Staudinger, § 2338, 3a; Kretzschmar, S. 530, 4a; RG Bd. VI, S. 332.
5. Siehe Staudinger, a. a. O., und die dort zitierte Literatur, Prot. V, S. 573.
6. §§ 2109, 2163; s. § 5, der Arbeit.
7. § 2210, Satz 2.
8. vgl. Prot., a. a. O.; so auch die herrschende Ansicht: Plank, § 2338, Bem. 3; RGRK, § 2338, A 4; Kretzschmar, S. 531 b.

Die Anordnung sowohl einer Vor- und Nacherbschaft als auch eines Vor- und Nachvermächtnisses für sich allein bewirkt, daß der Abkömmling über das ihm Hinterlassene von Todes wegen nicht mehr verfügen kann; denn das Schicksal dieses Vermögens ist durch eine solche Anordnung von dem Erblasser gerade für die Zeit nach dem Tod des Abkömmlings bestimmt. Die in dieser Richtung von dem Abkömmling getroffenen Verfügungen von Todes wegen sind deshalb ipso iure unwirksam.[9]

Verschieden ist dagegen die Befugnis des Abkömmlings, über das ihm hinterlassene Vermögen unter Lebenden zu verfügen. Die Beschwerung des Abkömmlings mit einem Nachvermächtnis bringt mangels gesetzlicher Vorschriften keine dingliche Verfügungsbeschränkung mit sich. Auch stehen dem Nachvermächtnisnehmer nur unzulängliche Rechtsbehelfe zur Sicherung der Vermächtnisgegenstände zur Seite.[10] Dagegen sind dem Abkömmling als Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis durch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2112—2115 und die verschiedenen Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft immerhin wirksame Grenzen gezogen.

Die verschiedene Gestaltung der Verfügungsbefugnis des Abkömmlings als Vorerbe und Vorvermächtnisnehmer hat aber auch eine verschiedene Gestaltung der Rechte seiner persönlichen Gläubiger zur Folge. Diese können sich im Fall des Vorvermächtnisses unbeschränkt sowohl aus dem Reinertrag als auch aus den Gegenständen des Vermächtnisses selbst befriedigen.[11] Dagegen ist ihnen im Fall der Vorerbschaft eine zu ihrer Befriedigung erfolgende Veräußerung oder Überweisung der Erbschaftsgegenstände entzogen; auch die Nutzungen sind ihrer Pfändung nur soweit unterworfen, als sie nicht zur Erfüllung der dem Abkömmling bestimmten Personen gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhaltes erforderlich sind.[12]

Ist nur die Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker angeordnet, so wird dadurch dem Abkömmling das Recht zur Verwaltung und damit die Verfügungsmacht über die derselben unterliegenden Gegenstände entzogen (§ 2211). Die Substanz des Nach-

9. Nicht berührt wird das Recht des Abkömmlings, durch Verfügung von Todeswegen seinen gesetzlichen Erben von der Nacherbschaft oder dem Nachvermächtnis durch Pflichtteilsentziehung auszuschließen, wenn die Voraussetzungen des § 2333 vorliegen; vgl. Kretzschmar, S. 531, Strohal, § 57, III.
10. § 2191, Abs. 1 u. 2; Staudinger, § 2338, 3a, § 2191, 2.
11. Staudinger, § 2338, 5; Kretzschmar, S. 532; s. auch § 863 ZPO.
12. § 2115 BGB; §§ 863, Satz 1, 773, 771, 766 ZPO; Staudinger, a. a. O.; RGRK, § 2338.

lasses kann somit durch Verfügungen des Abkömmlings durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht gefährdet werden. Ebenso ist seinen persönlichen Gläubigern der Zugriff auf die der Testamentsverwaltung unterliegenden Gegenstände verwehrt (§ 2214). Der jährliche Reinertrag ist ihrer Pfändung nur soweit unterworfen, als er nicht zur Erfüllung der dem Abkömmling obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhaltes erforderlich ist.[13] Fällt nun aber die Testamentsverwaltung aus irgendeinem Grunde weg, so erlangt der Abkömmling die freie Verfügungsbefugnis und der Nachlaß wird damit der unbeschränkten Befriedigung seiner persönlichen Gläubiger ausgesetzt. Von besonderer Bedeutung ist jedoch der Umstand, daß das Recht des Abkömmlings, über den mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschwerten Erbteil von Todes wegen zu verfügen, nicht berührt wird.

Die Darlegung der Wirkung der nach § 2338 zulässigen, aber für sich jeweils allein angeordneten Verfügungsbeschränkungen des Pflichtteilsrechtes ergibt, daß das dieser Bestimmung zugrunde liegende Ziel nur dann vollkommen erreicht werden wird, wenn die beiden Hauptbeschränkungsmöglichkeiten zugleich und nebeneinander angeordnet werden. Denn nur dadurch wird der Abkömmling sowohl in der Verfügung unter Lebenden als auch von Todes wegen ausgeschlossen und das ihm Zugewendete zu seinem eigenen Nutzen erhalten.

Weitere als die nach § 2338 zulässigen Beschränkungen muß sich der Abkömmling nicht gefallen lassen.[14] Ist er in seinem Pflichtteil gekürzt, so hat er den Ergänzungsanspruch nach § 2305. Die nach § 2338 in zulässiger Weise angeordneten Beschränkungen erstrecken sich regelmäßig auch auf den Pflichtteilsrest.[15] Ist er in sonstiger Weise beschränkt oder beschwert, so kann er seine Rechte gemäß § 2306, 2307 geltend machen. Diese Geltendmachung hat aber nicht zur Folge, daß damit die Anordnung als Ganzes unwirksam wird. Die getroffenen Anordnungen werden nur insoweit unwirksam, als sie nach § 2338 unzulässig waren. Der Abkömmling verliert den Anspruch auch auf den Pflichtteil, wenn er das ihm Zugewendete wegen der nach § 2338 zulässigen Beschränkungen ausschlägt. Andererseits erlangen die angeordneten Pflichtteilsrechtsbeschränkungen auch dann, wenn die Voraussetzung des § 2338 nicht vorliegt, volle Wirksamkeit, wenn der Abkömmling das ihm Hinterlassene mit diesen Beschränkungen annimmt.[16] Jedoch ist hier Vor-

13. §§ 863, Abs. 1, Satz 2, 748, 766 ZPO; RGRK, § 2338, Anm. 4.
14. Vgl. hiezu Staudinger, § 2338, 3.
15. Eine abweichende Regelung kann sich jedoch aus dem Willen des Erblassers ergeben.
16. RG, Bd. 85, S. 350.

aussetzung, daß das Hinterlassene die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt (§ 2306, Satz 1).

3. Hauptteil.

Die Maßnahmen des Erblassers.

§ 9. Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen.

Welche Maßnahmen der Erblasser im einzelnen zum Schutz seines Nachlasses gegen Verschwendung anzuordnen hat, das konnte nur die Prüfung der Grundlage für mögliche Anordnungen ergeben. Die Untersuchung dieser Grundlage des Rechtes, Verfügungen von Todes wegen zu treffen, hat erbracht, daß dem Erblasser in Richtung gegen die Person und hinsichtlich des Umfanges im allgemeinen wie im besonderen bestimmte Schranken gezogen sind. Das Ergebnis ist dahin zusammenzufassen: Das Testierrecht des Erblassers ist:

1. im allgemeinen beschränkt durch den Anspruch der pflichtteilsberechtigten Erben auf den unbeschränkten und unbeschwerten Pflichtteil (§§ 2305 ff.),
2. demgegenüber erweitert auf die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft oder eines Vor- und Nachvermächtnisses und der Testamentsvollstreckung in Richtung gegen den Abkömmling, wenn die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen,
3. unbeschränkt, wenn er berechtigt ist, dem pflichtteilsberechtigten Erben den Pflichtteil zu entziehen (§§ 2333 ff.),
4. unbeschränkt, wenn er überhaupt keine pflichtteilsberechtigten Erben hinterläßt.

Diese verschiedene Gestaltung der Testierfreiheit gestattet dem Erblasser an sich nur in beschränktem Maße, gegen den Willen des Erben Anordnungen zur Sicherung des Nachlasses zu treffen. Denn im allgemeinen kann der Erbe diese Absicht des Erblassers durch die Geltendmachung seines Pflichtteiles vereiteln.

Doch ist diesem Ergebnis eine mehr theoretische als praktische Bedeutung beizumessen; denn regelmäßig wird der Erblasser erst dann und nur dann Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses beabsichtigen, wenn wenigstens die Voraussetzungen des § 2338 gegeben sind und es sich um einen Abkömmling handelt. Liegen aber diese Voraussetzungen nicht vor, so wird der Erblasser im allgemeinen erwarten können, daß der Erbe sich, sei es in Anerkennung der gutgemeinten Fürsorge oder schon auf Grund praktischer wirtschaftlicher Überlegungen, seinen Maßnahmen fügen wird. Ein solches Verhalten wird zumal dann eintreten, wenn der Erbe auf seinen ganzen Erbteil eingesetzt ist.

Diese Überlegung mag auch für den vorliegenden Fall gelten. Es ist deshalb für die generelle Behandlung der zu ergreifenden Sicherungsmaßnahmen grundsätzlich davon auszugehen, daß die Voraussetzungen des § 2338 gegeben sind. Damit wird die Lösung der weiteren Untersuchung darin gesehen, ob dem Erblasser eine vollkommene Sicherung des Erbgutes aus Fürsorge für seinen Erben, der sein Abkömmling ist, in gesetzlicher Weise möglich ist.

Als Sicherungsmaßnahmen kommen deshalb in erster Linie die Anordnungen in Frage, die der Gesetzgeber in Würdigung der auch im vorliegenden Fall der Absicht des Erblassers zugrunde liegenden Motiven zu der Pflichtteilsrechtsbeschränkung des § 2338 selbst aufgestellt hat.

§ 10. Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft.

Gemäß den Beschränkungsmöglichkeiten des § 2338 kommt für den Erblasser in erster Linie die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft in Frage. Es ist deshalb die rechtliche Gestaltung dieses Institutes darzulegen. Jedoch muß sich diese Darlegung auf die Erörterung der Vorschriften beschränken, aus denen sich ergibt, in welchem Umfang mit dieser Anordnung das Ziel des Erblassers erreicht wird.

1. Der allgemeine Charakter der Vor- und Nacherbschaft.

Unter der Nacherbfolge des geltenden Rechtes versteht man die auf dem Willen des Erblassers beruhende Erbfolge mehrerer Personen in der Weise, daß die eine Person (Nacherbe) erst dann Erbe wird, wenn eine andere Person (Vorerbe) Erbe gewesen ist (§ 2100).

Die Gründe für die Aufnahme dieses Institutes liegen in der Berücksichtigung des Rechtsbedürfnisses, das Schicksal eines Vermögens für mehrere Generationen zu bestimmen (z. B. die Vorteile des Nachlasses zunächst dem überlebenden Ehegatten allein und erst nach dessen Tod den Kindern zuzuführen).[1] Die rechtliche Konstruktion gewinnt an Klarheit durch die Darlegung der geschichtlichen Entwicklung dieses Institutes.

Im römischen Recht war eine mehrfache Erbfolge gemäß dem Grundsatz „semel heres semper heres" nicht zur Anerkennung gelangt. Dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung des Erbrechtes trug man in der Weise Rechnung, daß man sich des Universalfideikommisses bediente. Dieses gewährte den Nachberufenen lediglich eine obligatorische Stellung als Vermächtnisnehmer. Es wurde durch das S. C. Trebellianum umgestaltet. Der Nachberufene hatte zunächst nur die Klage auf Restitution der Erb-

1. Mot. V, S. 79 ff.

schaft, durch die erfolgte Restitution aber gingen alle aktiven und passiven Klagen auf ihn über und er wurde Universalsuccessor, also materiell Erbe.[2] In dieser Gestalt wurde das römischrechtliche Universalfideikommis in das gemeine Recht aufgenommen. Doch konnte eine zeitlich nacheinanderfolgende Universalsuccession nur dadurch erreicht werden, daß man das römischrechtliche Prinzip „semel heres semper heres" aufgab. In dieser Richtung bewegte sich überwiegend die neuere Gesetzgebung, wie z. B. das Preußische Landrecht, das sächsische Gesetzbuch u. a. Sie gaben dem Fideikommissar „ein lediglich zeitlich aufgeschobenes, von der Restitution durch den Vorerben unabhängiges, eigenes und unmittelbares Recht".[3] Der Entwurf 1, § 1885 stellte den Vorerben rechtlich noch einem Nießbraucher gleich. An sich liegt auch der Anordnung einer Nacherbschaft der Gedanke zugrunde, dem Vorerben in rein wirtschaftlicher Beziehung die Erträgnisse des Nachlasses zu gewähren. Doch ist demgegenüber nicht zu verkennen, daß zwischen dem Nießbraucher und dem Vorerben in ihrer beabsichtigten Gesamtstellung wesentliche Unterschiede bestehen, die auch zu einer besonderen Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben führen mußten.

Der Vorerbe ist nicht bloß Nießbraucher, er ist wahrer Erbe.[4] Er wird mit dem Eintritt des Falles der Vorerbschaft Eigentümer des ihm zugewendeten Vermögens und kann bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Nutzungen aus diesem Vermögen ziehen. Als Eigentümer hat er grundsätzlich volle unbeschränkte Verfügungsfreiheit über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände. Es obliegt ihm die ordnungsmäßige Verwaltung und er ist aktiv und passiv zur Prozeßführung legitimiert. Er bleibt Erbe bis zum Eintritt des von dem Erblasser bestimmten Zeitpunktes des Ereignisses. Mit diesem Eintritt fällt die Erbschaft der zum Nacherben berufenen Person an. Der Vorerbe hört auf Erbe zu sein. Er ist nach dem Eintritt der Nacherbfolge zur Herausgabe der Erbschaft in dem Zustand, der sich bei einer fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt, verpflichtet (§ 2130). Er haftet dem Nacherben in Ansehung dieser Verwaltung jedoch nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Durch die Herausgabepflicht wird aber der Übergang der Erbschaft nicht erst vermittelt; dieser erfolgt vielmehr kraft Gesetzes. Der Nacherbe ist nicht der Rechtsnachfolger des Vorerben, er leitet seine Rechte nicht von ihm ab, sondern auch er ist E r b e des Erblassers. Das Recht des nicht bedingt eingesetzten Nacherben ist ein festes, vererbliches Recht auf die Nacherbfolge (§ 2180).

2. Dernburg, Pand. III, §§ 119, 122; Windscheid, Pand., Bd. III, §§ 662 ff.
3. Mot., a. a. O.
4. §§ 2100, 2143; z. B. RG Bd. 80, S. 31; Bd. 113, S. 50.

Demnach baut sich die Rechtsstellung des Vorerben auf dem Vertrauen auf, das der Erblasser in ihn setzt. Er ist damit eigentlich der Treuhänder der Erbschaft gegenüber den Nacherben. Naturgemäß führt diese Stellung für den Nacherben große Gefahren mit sich. Doch sind diese durch eine Reihe von gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen des Vorerben und durch bestimmte gesetzliche Ansprüche des Nacherben schon während der Dauer der Vorerbschaft berücksichtigt.

2. Die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen des Vorerben.

Gemäß § 2112 kann der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den nachgenannten Bestimmungen ein anderes ergibt. Was hierbei unter „Verfügung" zu verstehen ist, entbehrt der gesetzlichen Definition. Allgemein versteht man darunter ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.[5] Danach fällt nicht unter diesen Begriff die Prozeßführung, da es sich hier nicht um eine unmittelbare Einwirkung auf das betreffende Recht handelt; sie ist vielmehr ein reiner Verwaltungsakt, zu dem der Vorerbe als Eigentümer der Erbschaftsgegenstände berechtigt ist.[6] Ebensowenig ist unter einer Verpflichtung des Vorerben, die nach § 241 ein Forderungsrecht begründet, eine Verfügung im Sinne des § 2112 zu verstehen. Endlich sind auch die „Verfügungen von Todes wegen" keine Verfügungen in technischem Sinn.[7] Soweit sich diese auf Gegenstände der Erbschaft erstrecken, sind sie, wie bereits erwähnt, unwirksam.[8]

Die dem Vorerben auf Grund des § 2112 eingeräumte Verfügungsfreiheit ist jedoch sowohl hinsichtlich des Objektes der Verfügung, als auch ihrer Art und Weise beschränkt.

a) Diese Beschränkung betrifft zunächst den Vorerben in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück: eine solche Verfügung ist im Fall des Eintrittes der Nacherfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113, Abs. 1).

Danach besteht die Verfügungsbeschränkung des Vorerben in der durch den Eintritt der Nacherbfolge bedingten Unwirksamkeit der Verfügung, die insoweit begrenzt ist, als durch sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird. Die Verfügung des Vorerben ist deshalb von Anfang an wirksam, wenn sie von vorneherein

5. RGRK, § 2112, Endemann I, S. 284.
6. Vgl. Staudinger, § 2112, Kretzschmar, S. 110 ff.
7. Strohal, S. 108.
8. Siehe § 8 der Arbeit.

nur auf die Dauer der Vorerbschaft beschränkt ist; sie wird endgültig rechtsbeständig, wenn die Nacherbfolge nicht eintritt oder der Nacherbe seine Zustimmung, zu deren Abgabe er vom Vorerben im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung gezwungen werden kann (§§ 2120, 185), erteilt hat oder der Nacherbe unbeschränkter Erbe des Vorerben wird (§ 185, Abs. 2). Andererseits ist die bedingte Unwirksamkeit noch insoweit begrenzt, als durch sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird.[9] Eine solche Beeinträchtigung oder Vereitelung liegt immer dann vor, wenn der Vorerbe nicht in Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit oder einer letztwilligen Anordnung des Erblassers handelt; sie wird nicht dadurch beseitigt, daß durch die getroffene Verfügung die Stellung des Nacherben wirtschaftlich nicht verschlechtert wird. Unter dem „Recht" des Nacherben ist somit nicht die gesamte wirtschaftliche Lage, die vermögensrechtliche Position des Nacherben zu verstehen, sondern lediglich „das konkrete, zum Nachlaß gehörende Recht, über das verfügt wird".[10]

Die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 beruht in der dinglichen Gebundenheit des Rechtes des Vorerben, dessen Stellung in entsprechender Anwendung der allgemeinen Vorschriften der §§ 161, 163 geregelt ist.[11] Die Unwirksamkeit tritt deshalb mit dem Eintritt der Nacherbfolge ohne weiteres ein: kraft Gesetzes wird der Zustand wieder hergestellt, der vor der Verfügung des Vorerben gegeben war. Es bedarf hiezu keiner ausdrücklichen Anfechtung durch den Nacherben. Die Unwirksamkeit hat vielmehr absoluten Charakter, sodaß sich nicht nur der Nacherbe, sondern jedermann nach dem Eintritt der Nacherbfolge auf sie berufen kann.

Der gleichen Beschränkung ist die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Recht *an einem* Grundstück unterworfen. Dabei sind unter einem Recht an einem Grundstück selbst-

9. Die Ausdrucksweise „insoweit als . . ." kann nicht dahin ausgelegt werden, daß die Verfügung teilweise unwirksam wird, da die Verfügung immer nur ein einheitlicher unzerlegbarer Akt ist und deshalb begrifflich eine derartige Auslegung ausgeschlossen wird.
10. So Thiesing im Arch. ziv. Prax., Bd. 94, S. 234 ff.; Staudinger, § 2112.
11. Es ist hier nicht ein Fall eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes gem. § 135 gegeben, wie z. B. Kretzschmar S. 126 c oder Salinger im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 19 S. 171 annehmen. Denn das Verfügungsrecht des Vorerben ist bedingt durch den Fall des Eintrettes der Nacherbfolge und hinsichtlich seines Inhaltes in dem Umfang, als die Verfügungen des Vorerben das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen. Diese Verfügungen werden aber dann voll wirksam, wenn feststeht, daß die Nacherbfolge überhaupt nicht eintritt. Daraus ergibt sich, daß die Stellung des Vorerben nicht nach § 135, sondern den§§ 161, 163 zu beurteilen ist. So Staudinger §§ 2112—15 III B u. die dort zitierte Literatur, RGRK zu 2113 Anm. 2, vergl. auch Mot. V 116.

verständlich nur dingliche Rechte zu verstehen, wie die Dienstbarkeit (§§ 1018 ff.), die Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden (§§ 1113 ff.), die Reallasten (§§ 1105 ff.), das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff.), das Erbbaurecht (§§ 1012 ff.).

Als Verfügungsakt im Sinn des § 2113 kommen in der Hauptsache in Betracht: die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, dessen Belastung mit einem Recht, die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück, dessen Übertragung und die Änderung seines Rechtsinhaltes, Abtretungen, Verpfändungen u. a.

Von diesen Verfügungsakten sind die Kündigung und die Einziehung einer Hypothekenforderung, einer Grund- und Rentenschuld einer besonderen Regelung in § 2114 unterzogen, da sich das Recht des Vorerben zu diesen besonderen Verfügungsarten schon aus seiner allgemeinen Verwaltungsbefugnis im Rahmen des § 2331 ergibt und dadurch gerade der Erfolg der Schutzbestimmung des § 2113 im wesentlichen Umfange gefährdet werden würde. Somit kann der Vorerbe nur verlangen, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird. Der Vorerbe kann also ohne Einwilligung des Nacherben nur die gemeinschaftliche Hinterlegung verlangen, es sei denn, daß er berechtigt ist auf Grund seiner Verwaltungsbefugnis (§ 2120) vom Nacherben die — öffentlich beglaubigte[12] — Einwilligung zu fordern. Der hinterlegte Betrag wird Surrogat der Erbschaft. Über ihn kann der Vorerbe nur mit Zustimmung des Nacherben (§ 2116 Abs. 2) verfügen. Zahlt der Schuldner, der nicht auch zugleich Eigentümer zu sein braucht,[13] ohne Einwilligung des Nacherben, so wird er diesem gegenüber nicht befreit.

Die in § 2114 aufgestellte Verfügungsbeschränkung des Vorerben ist gegenüber der allgemeinen nach § 2113 Abs. 2 verschärft, da für die Wirksamkeit dieser beiden Verfügungsarten das Erfordernis der Vereitelung und Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben außer Betracht bleibt.

b) Bewirkte in den in § 2113 Abs. 1 und § 2114 aufgestellten Bestimmungen die Natur des Objektes die Unwirksamkeit der Verfügung, so tritt in den beiden übrigen Fällen der §§ 2113 Abs. 2 und § 2115 die Unwirksamkeit auf Grund der Art und Weise der Verfügung selbst ein, ohne Rücksicht auf das Objekt.

So bestimmt § 2113 Abs. 2, daß die Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zweck der Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens er-

12. § 2120, § 29 GBO.
13. § 1143; vgl. Prot. V, S. 102.

folgt, ebenfalls unwirksam ist. Da die Rechtsfolgen die gleichen wie die des Abs. 1 des § 2113 sind, so beschränkt sich die Erörterung lediglich auf die Behandlung der hier gegebenen Voraussetzungen.

Den Begriff der unentgeltlichen Verfügung wird man regelmäßig dem der unentgeltlichen Zuwendung, der Schenkung, gleichsetzen, obwohl sich nicht in jedem Fall beide Begriffe notwendig zu decken brauchen. Somit ist eine Verfügung dann ganz oder teilweise unentgeltlich, wenn der durch sie bewirkten Vermögensverminderung keine oder eine nur geringere Gegenleistung gegenübersteht. In letzterem Fall ist aber erforderlich, daß auch der Vorerbe selbst die Gegenleistung für eine geringere hält oder auf Grund des für ihn maßgebenden Gesichtspunktes der ordnungsmäßigen Verwaltung halten muß. Die Verfügung ist auch dann eine unentgeltliche, wenn der Vorerbe lediglich in der Erwartung einer Gegenleistung oder in der irrigen Annahme einer solchen gehandelt hat. Die Unentgeltlichkeit der Verfügung setzt also ein positives Handeln des Vorerben voraus, das auch noch z. B. in dem Schulderlaß zu erblicken ist. Dagegen kann ein bloßes Unterlassen, wie z. B. die Unterlassung eines Erwerbes oder die Versäumung der Unterbrechung einer Verjährungsfrist nicht als eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 bewertet werden.[14]

Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist die Verfügung unwirksam ohne Rücksicht auf das Objekt. Ausgenommen sind solche Verfügungen, die den Charakter der Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht haben (§ 2113 Abs. 2 Satz 2). Solche Verfügungen sind insbesondere Gelegenheitsverfügungen zu Geschenkzwecken, zu denen der Vorerbe durch die besonderen Umstände des einzelnen Falles mit Rücksicht auf seine Beziehung zu dem Empfänger auf Grund der Gebote der Sitte und im Rahmen seiner gesellschaftlichen Stellung verpflichtet ist bezw. sich verpflichtet fühlt.[15]

Die andere — und nach § 2112 letzte — Verfügungsbeschränkung, die ohne Rücksicht auf das Objekt die Unwirksamkeit zur Folge hat, ist in § 2115 geregelt. Danach handelt es sich um solche Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen. Diese Verfügungsarten sind zwar nicht Verfügungen des Vorerben selbst, sondern solche seiner persönlichen Gläubiger; doch gehören sie auch hier behandelt, weil es im wirtschaftlichen Erfolg doch der Vorerbe ist, zu dessen Gunsten die Nacherbschaft durch diese Verfügungen in ihrem Wert geschmälert werden würde.

14. vgl. hiezu Plank, Bd. II, unter Vorbem. zum Titel Schenkung, Staudinger und RGRK, §§ 2113, 516.
15. so z. B. RGRK, § 534; RG, Bd. 70, S. 15; Bd. 73, S. 49.

Hinsichtlich der Verfügungen, die im Weg der Zwangsvollstrekkung erfolgen, kann es sich immer nur um solche Fälle handeln, in denen die persönlichen Gläubiger des Vorerben wegen Geldforderungen die Zwangsvollstreckung in die zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstände betreiben. Denn nur in diesen Fällen wird über einen Gegenstand verfügt, indem durch die Pfändung ein Pfandrecht und durch die sich daran anschließende Veräußerung neues Eigentum entsteht.[16] Unbeachtlich ist, ob der Vorerbe selbst über diesen Gegenstand hätte verfügen können oder nicht.

Dagegen erstreckt sich die Anwendung des § 2115 nicht auf Zwangsvollstreckungen im Sinne des 3. Abschnittes des 8. Buches der Zivilprozeßordnung, da das Urteil bezw. die Zwangsvollstreckung eine Tätigkeit des Vorerben als Schuldner ersetzt, zu der dieser rechtlich verpflichtet ist, und deshalb diese Zwangsvollstreckungen eigentlich der rechtsgeschäftlichen Verfügung des Vorerben selbst gleichzustellen sind.[17]

Hinsichtlich der beiden anderen Alternativen des § 2115 gilt das Entsprechende. Als im Weg der Arrestvollziehung erfolgte Vollziehungen kommen die Pfändung (§ 930 ZPO) und die Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 932 ZPO) in Betracht. Im Fall des Konkurses des Vorerben ergibt sich aus § 2115, daß das dem Konkursverwalter gemäß § 6 KO zustehende Verfügungsrecht sich nicht auf die Gegenstände der Vorerbschaft erstreckt; der Konkursverwalter ist auch nicht berechtigt, zur Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages über einen Erbschaftsgegenstand zu verfügen.[18]

Die in § 2115 bezeichneten Verfügungsmaßnahmen sind jedoch voll wirksam 1. wenn sie sich auf die dem Vorerben aus der Erbschaft zustehenden Nutzungen beschränken,[19] 2. wenn der Anspruch

16. Staudinger zu § 2113—2115; Plank, § 2115; RGRK ebenda.
17. Die im 3. Abschnitt des 8. Buches der ZPO aufgestellten Fälle der Zwangsvollstreckung haben nicht eine im Weg der Zwangsvollstreckung ergehende Verfügung, sondern nur die Verwirklichung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung zum Gegenstand. Soweit es sich danach um die Fälle der Abgabe einer Willenserklärung handelt (§§ 894, 895), bedeutet das ergehende Urteil die Fiktion, daß alle und nur die Folgen eintreten sollen, die eintreten würden, wenn der Vorerbe die Willenserklärung selbst abgegeben hätte; durch das Urteil wird also die Erklärung des Schuldners ersetzt. In gleicher Weise sind die Handlungen des Gerichtsvollziehers zu beurteilen (§§ 883 ff, 897), welche in der Wegnahme von Gegenständen bestehen, die der Schuldner herauszugeben oder zu übergeben hätte. Durch die Handlungen des Gerichtsvollziehers wird also die Rechtslage herbeigeführt, die eintreten würde, wenn der Schuldner die Handlungen selbst vorgenommen hätte. So Staudinger §§ 2112—15 III C 1, Planck, Frommhold zu § 2115: Hachenburg § 48, vergl. auch Prot. V 113, VI 129.
18. § 115 BGB, §§ 17, 128 KO; RGRK, Plank, a. a. O.; Staudinger, § 2113—15; siehe aber auch später unter 3 b.
19. § 2111, jedoch § 863 ZPO. Siehe § 8 der Arbeit.

*

eines Nachlaßgläubigers und 3. wenn ein an einem Erbschaftsgegenstand bestehendes Recht geltend gemacht wird, das auch im Fall des Eintrittes der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist.[20]

3. Die Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft.

Die wichtigste gesetzliche Sicherung der Vorerbschaft besteht in den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Grund des § 2112. Doch tritt, wie ausgeführt, die Unwirksamkeit erst nach dem Eintritt der Nacherbfolge ein. Der durch die unberechtigten Verfügungen des Vorerben betroffene Nacherbe kann aber seine Rechte erst geltend machen, nachdem er Erbe geworden ist. Durch diese Regelung aber wäre das Recht des Nacherben sehr gefährdet, wenn er nicht schon während der Dauer der Vorerbschaft gewisse rechtliche Möglichkeiten zur Wahrung seines Nacherbenrechtes hätte. Die Gewährung bestimmter Ansprüche des Nacherben schon während der Dauer der Vorerbschaft entspricht dem Charakter seines Rechtes, das nicht erst ein zukünftiges, sondern ein „gegenwärtiges, subjektives, veräußerliches und verpfändbares Recht" auf den Anfall der Nacherbschaft ist und bereits mit dem Erbfall zur Entstehung gelangt.[21]

a) Zunächst seien die Möglichkeiten erörtert, die geeignet sind, den guten Glauben des Erwerbers von Erbschaftsgegenständen auszuschließen. Denn gemäß Abs. 3 des § 2113 finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.[22] Der Erwerber von Grundstücken oder Rechten an Grundstücken bezw. der Empfänger von Erbschaftsgegenständen im Fall der unentgeltlichen Verfügung ist dann geschützt, wenn er von der Eigenschaft des verfügten Gegenstandes als zur Erbschaft gehörig keine Kenntnis hatte oder im Irrtum darüber war, daß der Erblasser den Vorerben von den Beschränkungen befreit habe, soweit dies gemäß § 2136 zulässig ist.[23]

Ganz allgemein kommt hiefür der Erbschein in Frage. Beantragt der Vorerbe die Erteilung eines Erbscheines, so muß in demselben außer seinem Erbrecht und dessen Umfang noch angegeben werden, daß eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer Nacherbe ist. Dieses vom Nach-

20. § 2115, Satz 2.
21. vgl. hiezu Ruhm, Diss.; Staudinger, § 2100, Anm. 5 und die dort zit. Lit., RGRK, Vorbem. zu § 2100.
22. §§ 161, Abs. 3, 892 ff., 932 ff.; Im Fall der unentgeltlichen Verfügung kommt § 816 Abs. 1, Satz 2 in Frage.
23. Staudinger, a. a. O.

laßgericht auszustellende Zeugnis genießt öffentlichen Glauben.[24] Ist nun das Nacherbenrecht aus dem Erbschein nicht erkennbar, so kann der Nacherbe die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen.[25]

Besondere Bedeutung hat der Erbschein im Grundbuchverkehr, da gemäß § 36 GBO dem Grundbuchamt gegenüber der Nachweis der Erbfolge nur durch den Erbschein geführt werden kann. Der Erbschein ist nur dann entbehrlich, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. In diesem Fall genügt die Vorlage dieser Verfügung und des Protokolles über die Eröffnung der Verfügung (§ 36 Satz 2 GBO). Jedoch kann auch hier die Vorlage des Erbscheines verlangt werden, wenn Zweifel entstehen.

Eine weitere Sicherung ist durch die Eintragung des Nacherbenrechtes in das Grundbuch gegeben. Gemäß § 52 GBO ist bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen einzutragen. Für sich allein jedoch kann das Nacherbenrecht nicht eingetragen werden. Der Inhalt des Grundbuches muß zuvor durch die Eintragung des Vorerben mit der durch die Erbfolge eingetretenen Änderung der materiellen Rechtslage in Einklang gebracht werden. Der Nacherbe hat jedoch gegen den Vorerben in dieser Richtung einen Rechtsanspruch auf Berichtigung des Grundbuches.[26] Durch die Eintragung des Nacherbenrechtes entsteht aber kein Recht an dem Grundstück oder an dem Recht an einem Grundstücck, das zur Erbschaft gehört. Es wird auch durch sie das Verfügungsrecht des Vorerben nicht ausgeschlossen. Der Wert der Eintragung des Nacherbenrechtes beruht darin, daß der Erwerber sich nicht auf seinen guten Glauben berufen kann, vorausgesetzt, daß das Nacherbenrecht bereits im Zeitpunkt des Erwerbes durch den Dritten im Grundbuch eingetragen war. Denn der Schutz des guten Glaubens wird durch die Eintragung gem. § 892 Abs. 1, S. 2 ausgeschlossen. Steht deshalb das von dem Vorerben an dem zur Erbschaft gehörenden Grundstück begründete Recht im Widerspruch zu dem Recht des Nacherben, so kann letzterer nach dem Eintritt der Nacherbfolge ohne weiteres das Grundstück bzw. die an dem Grundstück begründeten Rechte aus dritter Hand verlangen und im Weg der Klage verfolgen, ohne sich auf eine Ersatzklage gegen den Vorerben verweisen lassen zu müssen.

b) Des weiteren sind auch hinsichtlich der Gefährdung der Rechte des Nacherben durch die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung und den Konkursverwalter erfolgten Ver-

24. §§ 2365, 2367.
25. § 2363, Abs. 2 mit § 2362, Abs. 1.
26. §§ 894, 895 BGB; 896 ZPO; 14 GBO.

fügungen Sicherungsmöglichkeiten gegeben. Nach § 773 ZPO soll ein Gegenstand, der zu einer Erbschaft gehört, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder überwiesen werden, wenn die Veräußerung oder Überweisung im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge nach § 2115 den Nacherben gegenüber unwirksam ist. Nach der Fassung dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift an die Vollstreckungsorgane und bietet als solche schon im allgemeinen genügenden Schutz des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft. Wird aber diese Vorschrift nicht beachtet, so kann der Nacherbe nach Maßgabe des § 771 ZPO Widerspruch erheben (§ 773 S. 2 ZPO). Damit ist dem Nacherben die Möglichkeit gegeben, auf Grund der Unwirksamkeit der Verfügung gem. § 2115 Widerspruchsklage in entsprechender Anwendung des § 771 ZPO gegen die Verwertung von Erbschaftsgegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung zu erheben. Mit dieser Widerspruchsklage kann der Erbe auch den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 769 ZPO) verbinden, sowie Erinnerungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung (§ 766 ZPO) erheben.

Gleichgültig ist, ob die Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Vorerben erfolgt. Aus der Fassung des § 773 ZPO ergibt sich aber, daß sich das Widerspruchsrecht des Nacherben nicht gegen die Zwangsvollstreckung als solche, sondern nur gegen die Veräußerung oder Überweisung im Weg der Zwangsvollstreckung richtet. Gegen andere als diese zur Verwertung erfolgenden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, wie z. B. die Pfändung oder die Eintragung einer Sicherungshypothek, hat der Nacherbe während der Dauer der Vorerbschaft keine Sicherungsmöglichkeit.[27] Im Fall der Eintragung einer Sicherungshypothek

27. Durch die Fassung des § 773 ZPO kommt zum Ausdruck, daß von einer zwangsweise erfolgenden Veräußerung oder Überweisung immer erst dann die Rede sein kann, wenn Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bereits erfolgt sind, sei es durch Pfändung von Mobilien oder durch Anordnung einer Zwangsversteigerung von Grundstücken. Deshalb kann das Vollstreckungsgericht eine Pfändung nicht wegen § 773 ZPO ablehnen. Erst gegen die zur unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers führende Veräußerung oder Überweisung gewähren die §§ 773, 771 ZPO dem Nacherben Schutz. Dabei aber hat der Hinweis des 2. Gatzes in § 773 auf § 771 nicht die Bedeutung, daß die Widerspruchsklage des Nacherben aus § 771 sich nunmehr gegen die Zwangsvollstreckung überhaupt richtet, wie Salinger § 171, Gaupp-Stein zu § 272 ausführen. Ursprünglich stand § 773 ZPO als Satz 2 im ersten Absatz des § 1829 des ersten Entwurfes zum BGB (vergl. Mot. V 117). Durch die unveränderte Übernahme dieser Bestimmung in die ZPO als § 690 b, nunmehr § 773 wurde ihre rechtliche Bedeutung auch für das Prozeßrecht bewahrt. Deshalb ist für den Inhalt der Widerspruchsklage des Nacherben gem. § 771 allein die § 773 ZPO zugrunde

jedoch ist er dadurch geschützt, daß sein Nacherbenrecht gemäß §§ 52, 14 GBO mit zur Eintragung in das Grundbuch gelangt.

Im Einklang mit dieser Regelung bestimmt § 128 KO, daß der Konkursverwalter, wenn der Vorerbe der Gemeinschuldner ist, die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände nicht veräußern darf, wenn die Veräußerung im Fall des Eintritts der Nacherbfolge gemäß § 2115 dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Somit finden die entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung. Die anschließend behandelten Sicherungsmöglichkeiten des Nacherben kommen aber dann nicht in Betracht, wenn der Konkursverwalter die Verwertung von Erbschaftsgegenständen im Weg des freihänderischen Verkaufes betreibt. In diesem Fall kann der Erbe jedoch zu seinem Schutz eine einstweilige Verfügung gemäß § 935 ZPO erwirken.[28] Handelt der Konkursverwalter dem Veräußerungsverbot des § 128 KO zuwider, so hat der Nacherbe sowohl eine Masseforderung (§ 59 KO), als auch einen Schadensersatzanspruch gegen den Konkursverwalter selbst (§ 82 KO). Schließlich steht ihm auch frei, sich beschwerdeführend an das Konkursgericht zu wenden (§ 83 KO). Ein Recht auf Aussonderung der Erbschaftsgegenstände aus der Konkursmasse hat der Nacherbe nicht, da während der Dauer der Vorerbschaft alleiniger und wahrer Eigentümer trotz der dargelegten Verfügungsbeschränkungen nur der Vorerbe ist.[29]

c) Eine Gruppe für sich bilden die gesetzlichen Vorschriften, die die Ansprüche des Nacherben zur Wahrung seiner Rechte gegenüber dem Vorerben als Verwalter des Erbschaftsvermögens regeln.

In dieser Richtung gewährt zunächst § 2121 BGB dem Nacherben das Recht, von dem Vorerben ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zu verlangen. Dieses Verzeichnis hat der Vorerbe mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu ver-

Forts. von Anm. 27.

liegende materielle Bestimmung des § 2115 BGB. maßgebend; die Widerspruchsklage richtet sich somit nicht gegen die Zwangsvollstreckung als solche, sondern nur gegen die im Wege der Zwangsvollstreckung durch Veräußerung oder Überweisung erfolgende Verfügung, vergl. Staudinger, RGRK., Planck, a. a. O.; Lindemann-Sörgel § 2115; Sydow-Busch § 773 ZPO. Anm. 3, Petersen-Anger §§ 773, 772 ZPO., Förster-Kann, ebenda, Stein-Jonas §§ 773, 772 ZPO.; RG. Bd. 80, S. 30, Rechtssprechung Bd. 7, S. 352, Bd. 22, S. 376; Wolffgarten, Diss. Seite 44.

28. Salinger, S. 172; Jaeger, §§ 126—128 KO; Wolffgarten, S. 63; Kretzschmar, S. 127 c.

29. so Jaeger, a. a. O., der mit Recht ausführt, daß gerade der Sinn des § 128 KO voraussetzt, daß die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zur Konkursmasse zugezogen werden können. S. § 43 KO, Petersen-Kleinfeller, § 128 KO; RGRK a. a. O., a. M. Plank, § 2117, § 2137.

sehen und zu unterzeichnen. Auf Verlangen muß er seine Unterzeichnung öffentlich beglaubigen lassen. Der Nacherbe hat auch das Recht, bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen zu werden. Er kann das Verlangen stellen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder den zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

Dieses Verzeichnis bildet die Grundlage für die Herausgabe der Erbschaftsgegenstände nach dem Eintritt der Nacherbfolge; es muß deshalb die Erbschaftsgegenstände in dem Umfang erfassen, als sie herauszugeben sind. Jedoch wird durch das Verzeichnis nicht die Vermutung begründet, daß die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände erschöpfend aufgeführt sind. Es hat lediglich Beweiskraft dafür, daß die darin angeführten Gegenstände zur Zeit der Aufnahme vorhanden waren und zur Erbschaft gehören. Die Widerlegung dieser Vermutung ist also zulässig.[30]

Während das Recht des Nacherben auf Aufstellung dieses Verzeichnisses nur ein einmaliges ist, kann sich der Nacherbe über den Zustand der zur Erbschaft gehörigen Gegenstände von Zeit zu Zeit dadurch unterrichten, daß er denselben durch Sachverständige feststellen läßt.[31] Außerdem kann er die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes für das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung eines zur Erbschaft gehörenden Waldes oder Bergwerkes verlangen, der bei erheblicher Änderung der Umstände entsprechend zu ändern ist (§ 2123) Abs. 1 und 2).

Auf Grund dieser Möglichkeiten ist der Nacherbe also in der Lage, sich über die Sicherheit der Erbschaft zu unterrichten. Ergibt sich nun aber, daß besondere Gründe die Annahme einer erheblichen Verletzung seiner Rechte durch die Art der Verwaltung des Vorerben rechtfertigen, so kann er von dem Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft verlangen (§ 2127). Diese Auskunftspflicht des Vorerben kommt der neuen Aufstellung eines neuen Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände gleich, da sie auch die in dem Bestand der Vorerbschaft, sei es durch den Anfall eines Miterbenanteiles (§ 2110), sei es durch Surrogation (§ 2111) eingetretenen Änderungen erfaßt. Sie erstreckt sich jedoch nicht auf den Verbleib der früher festgestellten Erbschaftsgegenstände, da der Vorerbe erst nach dem Eintritt der Nacherbfolge zur Rechenschaftslegung verpflichtet ist.[32] Die Auskunftserteilung besteht demnach in der Vorlage eines Verzeichnisses und unter Umständen auch in der Leistung des Offenbarungseides.[33]

30. z. B. Staudinger, § 2121; RGRK, ebenda; Kretzschmar, S. 131.
31. § 2122; so RGRK, a. a. O.
32. vgl. § 2130; Staudinger zu §§ 2127—29.
33. § 2127, 260, Abs. 1 u. 2.

Wird aber durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung der Rechte des Nacherben begründet, so kann letzterer Sicherheitsleistung verlangen (§ 2128). Ein solches Verhalten ist z. B. darin zu erblicken, daß der Vorerbe seiner Inventarpflicht überhaupt nicht oder ungenügend nachkommt, seine Verfügungsmacht überschreitet oder die Verwaltung nicht ordnungsmäßig führt. Hinsichtlich seiner ungünstigen Vermögenslage ist es gleichgültig, ob sie schon früher vorhanden war oder eine selbstverschuldete ist.[34] Für die Art und Weise der Sicherheitsleistung finden die Vorschriften der §§ 232 ff. entsprechende Anwendung. Die Sicherheitsleistung beschränkt sich jedoch nicht auf die Mittel der Vorerbschaft, sondern der Vorerbe hat nötigenfalls eine solche auch aus eigenen Mitteln zu leisten. Bei Gefahr im Verzug werden die Sicherungsmaßregeln im Weg des Arrestes und der einstweiligen Verfügung durch § 2128 nicht ausgeschlossen.[35]

Ist der Vorerbe zur Sicherheitsleistung verurteilt und in der ihm gesetzten Frist derselben nicht nachgekommen, so kann der Nacherbe an ihrer Stelle die Verwaltung der Erbschaft durch einen vom Gericht zu bestellenden Verwalter verlangen (§§ 2128, Abs. 2; 1052). Der Vorerbe hat diesem Verwalter die Erbschaftsgegenstände herauszugeben und verliert damit das Verfügungsrecht über dieselben. Die von ihm getroffenen Verfügungen sind unwirksam, jedoch finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. (§§ 2129, Abs. 2, Satz 1, 892 ff., 932 ff.). Gemäß Satz 2, Abs. 2, § 2129 wird der Schuldner einer zur Erbschaft gehörenden Forderung geschützt, solange er von den getroffenen Anordnungen keine Kenntnis hat oder eine Mitteilung davon nicht zugestellt ist.

Zum Schutz der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke oder Rechte an solchen können der Verwalter oder auch der Nacherbe die in der Entziehung der Verwaltung bestehende Beschränkung des Vorerben in das Grundbuch eintragen lassen.[36]

Die angeordnete Verwaltung ist wieder aufzuheben, wenn der Vorerbe nachträglich genügende Sicherheit leistet (§§ 2128, Abs. 2, 1052, Abs. 3).

d) Die bisher dargelegten Sicherungsmöglichkeiten des Nacherben erfahren eine wesentliche Ergänzung dadurch, daß derselbe in der Lage ist, den Vorerben in der Verfügung über bestimmte zur Erbschaft gehörende Gegenstände zu beschränken, die einen besonderen Vermögenswert darstellen und regelmäßig einen größeren

34. z. B. Staudinger a. a. O., RGRK, § 2128.
35. Prot. V, S. 124.
36. RGRK, § 2129, Anm. 1.

Teil des Erbschaftsvermögens bilden. Als solche dem besonderen Schutzanspruch des Nacherben zu unterwerfende Vermögenswerte bezeichnet das Gesetz in den §§ 2116—18 die Inhaberpapiere jeglicher Art,[37] die in blanco girierten Orderpapiere,[38] die Erneuerungsscheine[39] und die Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat. Nicht darunter fallen die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die ihrem Wesen nach zur Nutzung des Vorerben bestimmt sind, die Inhaberpapiere, die nach § 92 BGB verbrauchbare Sachen sind, so insbesondere die Banknoten, ferner die gewöhnlichen Schuldscheinforderungen[40] und die Legitimationspapiere (Sparkassenbücher),[41] sowie andere obligatorische und ähnliche Rechte, wie z. B. die Anteilscheine der Handelsgesellschaften oder die Einlagen einer eingetragenen Genossenschaft.[42]

Diese Vermögenswerte, die nicht nur dem freien Verfügungsrecht (§ 2112), sondern auch auf Grund des regelmäßig gegebenen Besitzes der freien Verfügungsmacht des Vorerben unterliegen, können nach den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen unter zwei Voraussetzungen als Bestandteile des Erbschaftsvermögens gesichert werden:

1. Der Nacherbe muß einen dahingehenden Anspruch geltend machen, der gegebenenfalls im Weg der Klage zu erheben ist.
2. Der Vorerbe muß die Rechtshandlung vornehmen, durch welche er sich in seiner Verfügungsberechtigung beschränkt.

Bezüglich dieser Rechtshandlung hat der Vorerbe jedoch zwei Möglichkeiten. Die eine besteht darin, daß er die Papiere bei einer Hinterlegungsstelle[43] oder bei der Reichsbank hinterlegt mit der Bestimmung, daß er die Herausgabe derselben nur mit Zustimmung der Nacherben verlangen kann (§ 2116 Abs. 1). Durch diese Hinterlegung begibt er sich nicht nur der tatsächlichen Verfügungsmacht, sondern auch durch die Einräumung der Mitberechtigung des Nacherben der alleinigen Verfügungsberechtigung (§ 2116 Abs. 2). Eine einseitige Verfügung des Vorerben hat deshalb überhaupt keine rechtliche Wirkung.[44] Sowohl der Nacherbe als auch der Vorerbe können sich auf die Unwirksamkeit dieser Verfügung

37. §§ 793, 1195 BGB, 179 HGB.
38. Art. 9, 12, 13, 98 WO §§ 363 ff. HGB, § 8 Abs. 2 ScheckG.
39. § 805.
40. § 780.
41. § 808, vgl. Staudinger, §§ 2116—18, RGRK § 2116, Prot. V, S. 109.
42. Vgl. zu dieser Aufzählung besonders Hachenburg, a. a. O., S. 39 ff.
43. Als Hinterlegungsstellen kommen nur öffentliche in Betracht. vgl. Art. 144 ff. EGBGB, für Bayern Art. 167 Ziff. XXII AGBGB und besonders die VO vom 18. u. 25. 12. 1899.
44. Staudinger, a. a. O., Frommhold, ebenda; Hachenburg, a. a. O., Planck, a. a. O.

berufen. Die Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens des Erwerbers kommen hier nur in dem sehr unwahrscheinlichen Fall zur Anwendung, daß es dem Vorerben gelingt, die hinterlegten Papiere entgegen der getroffenenen Bestimmung in seine Verfügungsmacht zu bekommen. In diesem Fall wird der gutgläubige Erwerber geschützt,[45] der Nacherbe hat lediglich einen obligatorischen Ersatzanspruch gegen den Vorerben und evtl. gegen die Hinterlegungsstelle.[46]

Die andere Möglichkeit ist die, daß der Vorerbe die Papiere, statt sie zu hinterlegen, auf seinen Namen umschreiben läßt mit der Bestimmung, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§ 2117). Durch den Vermerk dieser Bestimmung ist der Nacherbe vor unberechtigten Verfügungen des Vorerben dadurch geschützt, daß hier ein Eigentumsrecht in gutem Glauben ausgeschlossen wird.

In gleicher Weise schützt hinsichtlich der Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat den Nacherben die Eintragung des Vermerkes, daß der Vorerbe nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§ 2118).[47]

4. Das Ergebnis der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft.

Die eingehende Darlegung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, der beschränkten Rechte seiner persönlichen Gläubiger und der Sicherungsmöglichkeiten des Nacherben zeigt, daß durch die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft die Erhaltung der Erbschaft in ihrem wesentlichen Bestand unter gewöhnlichen Voraussetzungen gewährleistet ist.

Jedoch kann diese Anordnung dem Erblasser bei den im vorliegenden Fall gegebenen Voraussetzungen nicht genügen. Dafür ausschlaggebend ist die Tatsache, daß der Erbe als Vorerbe auf Grund des ihm zustehenden Besitzes die Verfügungsmacht über die Erbschaftsgegenstände hat. Dadurch ist auf der einen Seite die Gefahr gegeben, daß der Nachlaß in seiner Substanz beeinträchtigt wird; denn die Verfügungsbeschränkung des Vorerbens ist nur in den Ausnahmefällen ausreichend, in denen der Nachlaß in der Hauptsache aus Grundstücken besteht. Auf der anderen Seite ist aber insbesondere zu befürchten, daß der verschwenderische Vorerbe die gesamte Erbschaft mit der Beschwerung der Nacherbfolge verkauft und damit Wucherern in die Hände fällt. Somit ist auf Grund der dem Vorerben gegebenen Verfügungsmöglichkeiten der

45. Staudinger, Planck, a. a. O., Hachenburg, S. 30 ff.
46. S. auch RGRK, § 2116, Meischeider, S. 260, Strohal, § 28, Kretzschmar, S. 130.
47. Hiezu wird verwiesen auf das Reichsschuldbuchgesetz vom 31. 5. 10, die Reichsschuldenordnung v. 12. 2 .24, für Bayern Gesetz vom 20. 7. 12.

beabsichtigte Gesamterfolg nicht garantiert. Einen solchen kann der Erblasser nur dadurch erreichen, daß er dem Vorerben insbesondere das Recht und die Macht zu Verfügungen über die Erbschaftsgegenstände entzieht.

§ 11. Die Anordnung der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker.

1. Der Zweck der Verwaltung.

Will der Erblasser die vollkommene Sicherung des Nachlasses erreichen, so verweist ihn der Gesetzgeber in § 2338 noch auf die Anordnung der Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker. Die Funktion dieses Testamentsvollstreckers weichen von seinem regelmäßigen Aufgaben gemäß den §§ 2203—2207 erheblich ab. Danach hat er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken und bis zur Erledigung dieser Aufgaben den Nachlaß zu verwalten. Zu diesem Zweck ist er berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen, über Nachlaßgegenstände zu verfügen und Verbindlichkeiten einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

Der Erblasser kann diesen regelmäßigen Wirkungskreis auch auf nur einzelne dieser Aufgaben beschränken. Dagegen ist eine Erweiterung über den Inhalt der gesetzlichen Vorschriften hinaus unzulässig.[1] Jedoch gibt das Gesetz dem Erblasser andererseits die Möglichkeit, eine Testamentsvollstreckung für besondere Zwecke anzuordnen.

In vorliegendem Falle beabsichtigt der Erblasser eine Testamentsverwaltung, die über den Umfang der regelmäßigen Testamentsvollstreckung hinausgeht. Er sieht die Aufgabe des Testamentsvollstreckers in der Sicherung des Nachlasses zum Nutzen des Vorerben. Demnach liegen die eigentlichen Aufgaben nicht in der Erfüllung der regelmäßigen, wenn auch der Erblasser im allgemeinen die letzteren dem Testamentsvollstrecker neben den eigentlichen zuteilen wird.

Die beabsichtigte Verwaltung ist vielmehr selbständig und in ihrer rechtlichen Grundlage nicht von der gewöhnlichen Testamentsvollstreckung abhängig. Ihre Dauer wird durch die Dauer der Vorerbschaft bestimmt; sie erstreckt sich deshalb auf die Lebenszeit des Vorerben, wenn die Vorerbschaft auf Lebenszeit des Vorerben angeordnet ist. Durch die vollkommene Ausschaltung der

1. Prot. V, S. 307 ff.

Verfügungsbefugnis des Vorerben sollen die Erhaltung der Erbschaftsgegenstände gesichert und deren Erträgnisse dem Vorerben zugute kommen. Unter diesen Umständen müssen dem Testamentsvollstrecker auch weitgehende Rechte eingeräumt werden. Der selbständige Zweck der Verwaltung und ihre lange Dauer machen es insbesondere notwendig, daß der Testamentsvollstrecker die Erbschaft unabhängig von dem Willen des Vorerben und auch nach wirtschaftlichen Grundsätzen verwalten kann.

Diesem Ziel des Erblassers dient die Anordnung der Testamentsverwaltung gemäß § 2338 BGB.

2. Die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker.

Nach § 2338 kann der Erblasser für die Lebenszeit des Erblassers die Verwaltung der Erbschaftsgegenstände einem Testamentsvollstrecker übertragen; in diesem Fall hat dieser Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. Diese Verwaltung bezweckt, wie im zweiten Hauptteil der Arbeit dargelegt, die Erhaltung des Nachlasses im Interesse des Abkömmlings. Sie ist deshalb als Normaltyp für den vorliegenden Fall aufzustellen, also ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Fall der Vorerbe ein Abkömmling des Erblassers ist oder nicht.

a) Es handelt sich demnach um eine selbständige Testamentsverwaltung, für welche nicht die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2203—2207, sondern die Sondervorschrift des § 2209 die rechtliche Grundlage bilden.[2] Deshalb ist auch erforderlich, daß der Erblasser in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck bringt, daß er eine selbständige verwaltende Testamentsvollstreckung beabsichtigt. Gemäß § 2209 kann er jedoch dem Testamentsvollstrecker neben der selbständigen Verwaltung zunächst die Aufgabe übertragen, die sich aus der Anordnung der gewöhnlichen Testamentsvollstreckung ergeben.

Für die Ernennung des Testamentsvollstreckers sind die Vorschriften der § 2197—2201 maßgebend. In erster Linie steht dem Erblasser selbst das Recht zu, die Person des Testamentsvollstreckers zu bestimmen; befürchtet er, daß die von ihm ausgewählte Person vor dem Eintritt der Nacherbfolge wegfällt, so kann er zugleich auch deren Nachfolger bestimmen oder auch die Bestimmung des Nachfolgers dem ernannten Testamentsvollstrecker überlassen. Er kann auch einer dritten Person die Auswahl des Testamentsvollstreckers übertragen. Demnach hat der Erblasser die Möglichkeit, diejenige Person zum Vollstrecker seiner Anordnungen zu

2. So die allgemeine Ansicht. Vgl. z. B. Staudinger, § 2338, RGRK, § 2338, Frommhold, § 2338 u. a.

bestimmen, welcher er sein ganzes Vertrauen schenken kann, z. B. einem Miterben.[3] Erwähnt sei noch die letzte Alternative, wonach auch das Nachlaßgericht mit der Ernennung beauftragt werden kann.

Die verwaltende Testamentsvollstreckung erstreckt sich regelmäßig auf sämtliche Gegenstände der Vorerbschaft. Jedoch steht dem Erblasser auf Grund § 2209 das Recht zu, die Verwaltung auf einen Teil des Nachlasses oder einzelne Erbschaftsgegenstände zu beschränken.[4] Dieses Recht ist ihm auch dann zuzusprechen, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen.

b) Für die Gestaltung der Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers im Fall der Verwaltung stellt das Gesetz keine besonderen Regeln auf. Es sind deshalb die Vorschriften für die gewöhnliche Testamentsvollstreckung in entsprechender Weise heranzuziehen.

Grundlegend ist die Rechtsnatur der Testamentsverwaltung bezw. -vollstreckung, die durch die Stellung des Testamentsvollstreckers charakterisiert wird. Hierüber werden verschiedene Auffassungen vertreten.[5] Es ist der sog. Amtstheorie zuzustimmen, die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertreten wird.[6] Nach dieser Theorie ist der Testamentsvollstrecker „der Träger

3. Gerade die Ernennung des Miterben z. B. des Bruders des durch die Vorerbschaft und die Verwaltung beschränkten Abkömmlings ist ein häufiger Fall. Gegen eine solche Auswahl können Bedenken nur insoferne bestehen, als bei der Erbteilung die Interessen des Miterben als Erben mit seinen Pflichten als Testamentvollstrecker möglicherweise kollidieren. Das Gesetz enthält in dieser Richtung keine Bestimmung, die einer solchen Auswahl des Erblassers entgegensteht. Für die Beurteilung dieser Bedenken ist allein maßgebend der Wille des Erblassers. Bei seinem Vorhaben ist davon auszugehen, daß er nur denjenigen zum Testamentvollstrecker bestimmen wird, zu dem er volles Vartrauen hat. Ernennt er deshalb einen Miterben zum Testamentsvollstrecker, so ist anzunehmen, daß er die mögliche Interessenkollision bei der Auseinandersetzung des Nachlasses sehr wohl in Erwägung gezogen hat. Überträgt er aber die Auseinandersetzung nicht ausdrücklich einem anderen als dem Miterben, so ist daraus zu entnehmen, daß dieser auch die Auseinandersetzung zu bewirken hat. S. RGRK § 2197, Staudinger §§ 2197—2201 III 2 e, Kretzschmar S. 179.
4. So wird dem Erblasser in vielen Fällen Gegenstände zum täglichen Gebrauch, wie Möbeln oder auch eine Bibliothek dem Vorerben zur freien Benützung überlassen und die Verwaltung nur für solche Erbschaftsgegenstände anordnen, die einen besonderen Wert repräsentieren, wie Grundstücke, ein landwirtschaftliches oder industrielles Unternehmen, Wertpapiere, Urheberrechte, Erfinderrechte u. a.
5. Eine Darlegung der verschiedenen Theorien fällt nicht in den Rahmen der Arbeit. Es wird deshalb auf die eingehende Darlegung von Meischeider, S. 150, Staudinger, §§ 2197—2201, Bem. F. und die erschöpfende Behandlung von Emde, Diss. verwiesen.
6. So z. B. RG, Bd. 56, S. 327; Bd. 61, S. 139; in JW 1914, S. 300; im Recht 1910, Nr. 2582; 1911, Nr. 2354 u. a.

eines Amtes, das seinen hauptsächlichen Inhalt zwar durch die Anordnung des Erblassers empfängt, aber von dem Gesetz mit selbständigen, auch gegen den Erben und Dritte wirksamen Befugnissen, insbesondere mit einem weitgehenden Verwaltungs- und Verfügungsrecht ausgestattet ist."[7] Ich schließe mich dieser Amtstheorie deshalb an, weil sie m. E. in ihrer rechtlichen Konstruktion, die sich aus den gesetzlichen Einzelbestimmungen ergebende Gesamtregelung am klarsten erfaßt. Für die Testamentsvollstreckung bezw. -verwaltung ist wohl der Wille des Erblassers die conditio sine qua non. Durch die gesetzliche Normierung aber wird der Stellung des Testamentsvollstreckers erst die eigentliche Wirkung beigelegt. Sie wird durch die rechtliche Erfassung in ihrem Wesen von der Person des Erblassers losgelöst und selbständig gestaltet. Diese grundsätzliche Stellung des Testamentsvollstreckers wird auch nicht beeinträchtigt durch das Recht des Erblassers, im einzelnen Fall den näheren Inhalt der Testamentsvollstreckung bezw. -verwaltung zu bestimmen.

c) Im vorliegenden Fall werden die Rechte des Testamentvollstreckers innerhalb des Rahmens der gesetzlichen Vorschriften durch die Absicht des Erblassers bestimmt, den Nachlaß im Interesse des Vorerben vor dessen Verfügungen zu sichern.

Die Anordnung der Verwaltung bezweckt demnach den Ausschluß der tatsächlichen Verfügungsmacht des Vorerben. Deshalb hat der Testamentsvollstrecker die Pflicht, die der verwaltenden Testamentsvollstreckung unterworfenen Gegenstände in Besitz zu nehmen. Haben der Vorerbe oder Dritte von den Erbschaftsgegenständen bereits Besitz ergriffen, so hat er das Recht von diesen die Übertragung des Besitzes nötigenfalls im Klageweg zu verlangen. (§§ 2209, 2205, Satz 2). Es steht ihm auch die alleinige Befugnis zu, die Herausgabe desjenigen zu verlangen, was Dritte auf Grund eines ihnen in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechtes aus der Erbschaft erlangt haben.[8] In Ergänzung dieser Rechtsansprüche hat er auch das Recht auf Auskunftserteilung gemäß § 260. Sind ihm auch Aufgaben der gewöhnlichen Testamentsvollstreckung zugewiesen, so braucht er die dieser Anordnung unterworfnenen Gegenstände nur soweit in Besitz zu nehmen, als dies für die ordnungsmäßige Verwaltung erforderlich ist (§2205).

Durch die Inbesitznahme der Erbschaftsgegenstände wird der

7. So RGRK, Bem. vor § 2197; die Amtstheorie vertreten u. a. Kretzschmar, Strohal, Plank, Dernburg, Frommhold; a. M. z. B. Staudinger a. a. O.
8. §§ 2018, 2019; Staudinger §§ 2012—14, III; Meischeider S. 196, 2a; RGRK § 2212; teilweise bestritten vgl. Holtz, Diss. S. 25 ff. dem im Ergebnis zuzustimmen ist.

Testamentsvollstrecker unmittelbarer Besitzer, der Vorerbe ist mittelbarer Besitzer und alleiniger Eigentümer.

Durch den unmittelbaren Besitz wird die Durchführung der Verwaltung in vollkommenem Umfang ermöglicht. Die Verwaltung umfaßt die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über die ihr unterworfene Erbschaft.

Der Testamentsvollstrecker ist demnach unbeschränkt zur entgeltlichen Verfügung berechtigt (§§ 2209, 2205). Die von ihm vorgenommenen Verfügungen sind dem Erben gegenüber unbedingt wirksam. Der Vorerbe selbst ist durch die Anordnung der Testamentsverwaltung mit dem Eintritt der Vorerbfolge zu Verfügungen mit dinglicher Wirkung nicht berechtigt. Jedoch finden auch hier die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung (§§ 2211, Abs. 1 und 2); ihre Anwendung wird jedoch dadurch erschwert, daß die Ernennung des Testamentsvollstreckers bei der Eintragung des Vorerben von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen ist (§ 53 GBO). Diese Vertrauensstellung des Testamentsvollstreckers wird lediglich begrenzt durch das Gebot der ordnungsmäßigen Verwaltung, deren Umfang durch Einzelanordnungen des Erblassers näher bestimmt werden kann. Eine Verletzung beeinflußt die Wirksamkeit der getroffenen Verfügungen nicht. DerTestamentsvollstrekker macht sich lediglich in einem solchen Fall schadensersatzpflichtig (§§ 2216, 2219, 823, 826); gegebenenfalls kann er auch strafrechtlich, z. B. wegen Untreue, zur Verantwortung gezogen werden.

Zur unentgeltlichen Verfügung ist der Testamentsvollstrecker nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.[9]

Zu erwähnen ist noch die Frage, ob der Testamentsvollstrecker, der zugleich Miterbe ist, zu seinen Gunsten verfügen kann. Dieser Befugnis steht kein gesetzliches Verbot entgegen. Denn die hier vertretene Amtstheorie läßt auch keine analoge Anwendung des § 181 zu.[10] [11] Die Begrenzung ist auch hier gegeben durch das Gebot der ordnungsmäßigen Verwaltung. Insbesondere darf der Testamentsvollstrecker nicht zu seinem Vorteil verfügen.

Wie aber, wenn dem zum Testamentsverwalter bestimmten Miterben zugleich die gewöhnliche Testamentsvollstreckung übertragen ist? Im Fall einer Verfügung besteht ein Widerstreit zwischen seinen Interessen als Miterbe und den pflichtmäßigen Interessen

9. § 2205, Satz 3. vgl. hiezu § 10, 2 b der Arbeit.
10. RGRK § 2205; RG, Bd. 61, S. 139; Diss. von Holtz, a. a. O., a. M, Staudinger, da er der Erbenvertretungstheorie folgt.
11. Der Testamentsvollstrecker ist deshalb z. B. befugt, seine Vergütung oder für die Verwaltung gemachte Auslagen selbst zu entnehmen.

als Testamentsvollstrecker. Es ist deshalb dahin zu entscheiden, daß der Miterbe nicht zugleich auch die Interessen der Testamentsverwaltung wahrnehmen kann und deshalb die Verfügungsbefugnis den Miterben nur gemeinschaftlich zusteht. Jedoch ist der Miterbe auch dann zur Verfügung allein berechtigt, wenn der Erblasser ihn dazu in der letztwilligen Verfügung ermächtigt hat.[12]

Hat der Testamentsvollstrecker auf der einen Seite das Recht, dinglich wirksame Verfügungen über Erbschaftsgegenstände vorzunehmen, so muß er auf der anderen Seite als Verwalter des Erbschaftsvermögens auch berechtigt sein, für den Nachlaß Verbindlichkeiten eingehen zu können. Diesem Erfordernis wird durch die gesetzliche Regelung der §§ 2209, 2207 (2206) entsprochen. Der Testamentsvollstrecker ist allein berechtigt Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen. Für den Umfang dieser Berechtigung ist kausal der Zweck der Verwaltung. In vorliegendem Fall ist anzunehmen, daß der Erblasser keine Grenzen zu setzen beabsichtigt, da die Erbschaftsgegenstände selbständig und nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten sind. Hält der Erblasser die Aufstellung allgemeiner Richtlinien oder bestimmter Einzelregelungen für notwendig, so ist der Testamentsvollstrecker an diese Begrenzung gebunden. Jedoch kann er immer dann über einen Erbschaftsgegenstand eine Verbindlichkeit eingehen, wenn er berechtigt ist, über denselben zu verfügen (§ 2205 Abs. 1 Satz 2). Zur Wirksamkeit einer Verbindlichkeit gegen den Nachlaß braucht deshalb der Gegenkontrahent nur zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker zur Verfügung hierüber befugt ist.[13]

Zur Eingehung eines Schenkungsversprechens ist der Testamentsvollstrecker nur berechtigt, soweit es einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht.[14]

Die Verwaltungsbefugnis muß weiterhin zur Folge haben, daß der Testamentsvollstrecker auch zur gerichtlichen Wahrnehmung der Interessenn des Vorerben hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände berechtigt ist. Welche Stellung der Testamentsvollstrecker im Pro-

12. RGRK, § 2205; Holtz, Diss., a. a. O., der auf Grund der zit. Entscheidungen in längerer Ausführung zu dem gleichen Ergebnis kommt.

13. Für die bei der Prüfung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zu beobachtende Sorgfalt ist § 276 als Maßstab zugrunde zu legen. Sonach erlangt die Verbindlichkeit dann keine Wirksamkeit gegenüber dem Nachlaß, wenn der dem Testamentsvollstrecker zur Last fallende Mißbrauch seiner Verfügungsmacht dem Gegenkontrahenten bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar war oder gar von ihm erkannt worden ist, wobei unter Umständen nicht nur grobe, sondern schon gewöhnliche Fahrlässigkeit genügen kann, vgl. RGRK. § 2207, Anm. 2 (§§ 2219, 276, 823, 826), Staudinger, § 2205, Anm. 7, Planck § 2205, Anm. 6).

14. §§ 2207, Satz 2, 2205, Satz 2; Staudinger, §§ 2209, 2210, vor Bem. 2.

zeß als solcher einnimmt, kann nur einheitlich mit der Frage entschieden werden, welche rechtliche Stellung der Testamentsvollstrecker überhaupt inne hat. Vertritt man die sogenannte Amtstheorie, so ist daraus zu folgern, daß der Testamentsvollstrecker im Prozeß nicht Vertreter des Vorerben, sondern selbst Partei ist.[15] Deshalb bestimmt § 2112, daß der Testamentsvollstrecker ausschließlich legitimiert ist, ein der Verwaltung unterliegendes Recht geltend zu machen. Dagegen sind sowohl er wie der Vorerbe passiv legitimiert (§ 2213). Sind der Verwaltung nicht nur einzelne Gegenstände stände entzogen, sondern ist dieselbe auf nur einzelne Gegenstände beschränkt, so hat lediglich der Vorerbe die Passivlegitimation. Der Nachlaßgläubiger, der seinen Anspruch gegen den Vorerben geltend macht, kann den Testamentsvollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung unterliegenden Erbschaftsgegenstände verklagen. Dagegen kann sich der persönliche Gläubiger des Vorerben nicht an die der Verwaltung unterliegenden Erbschaftsgegenstände halten (§ 2214).

Diese Regelung der Prozeßlegitimation kommt auch dann zur Anwendung, wenn dem Testamentsvollstrecker neben der verwalteten Testamentsvollstreckung zunächst die gewöhnliche übertragen ist.

Zu erwähnen ist noch das Testamentsvollstreckerzeugnis. Das Nachlaßgericht hat dem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeugnis für seine Ernennung zu erteilen (§ 2368). Dieses Zeugnis gibt mittelbar oder unmittelbar Auskunft über den Umfang der ihm zustehenden Befugnisse. Da die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung finden, gilt das über die Bedeutung des Erbscheines im § 10 Ziff. 2 der Arbeit Dargelegte. Dem ist hinzuzufügen, daß die Anordnung der Testamentsverwaltung auch in dem Erbschein des Vorerben angegeben werden muß (§ 2364). Ist dies nicht der Fall, so kann der Testamentsvollstrecker entweder die Einziehung beantragen (§ 2361 Abs. 1) oder die Herausgabe sowohl von dem Erben als auch von jedem dritten Besitzer verlangen (§§ 2363, Abs. 2, 3262, Abs. 1, und 2).

15. Auf die eigenartige Gestaltung der Parteistellung des Testamentsvollstreckers im einzelnen näher einzugehen, erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit, es sei hierzu auf die in der fünften Fußnote der Seite 40 zitierte Literatur verwiesen.

3. Das Ergebnis der Anordnung der Vor- und Nacherbschaft in Verbindung mit der Anordnung der verwaltenden Testamentsvollstreckung.

Das Ergebnis dieser beiden mit- und nebeneinander getroffenen Anordnungen ist demnach folgendes:

1. Der Erbe (Vorerbe) kann weder durch Verfügungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, noch von Todes wegen den Bestand der Vorerbschaft gefährden. Er kann weder über die Erbschaft als Ganzes, noch über seinen Anteil am Nachlaß — als Miterbe — verfügen.[16]

2. Seinen persönlichen Gläubigern ist der Zugriff auf die Erbschaftsgegenstände verwehrt.

3. Der Erbe ist für die Dauer seines Lebens wirtschaftlich sichergestellt, da auch die Nutzungen der Vorerbschaft in Höhe des Betrages für seinen standesmäßigen Unterhalt nicht pfändbar sind.

Dieser Gesamterfolg kann noch durch einige zweckmäßige Anordnungen gesteigert werden.

Durch die Testamentsverwaltung werden die dargelegten Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft nicht berührt. Sie gewähren damit einerseits eine Kontrollmöglichkeit des Testamentsvollstreckers, können aber auch auf der anderen Seite die Durchführung einer selbständigen Verwaltung erschweren. Hält der Erblasser eine solche Kontrollmöglichkeit für nicht notwendig und eine freie Testamentsverwaltung für zweckmäßig, so kann er durch die Anordnung einer befreiten Vorerbschaft dem Testamentsvollstrecker auch gegenüber den Nacherben eine freiere Stellung in dem Umfang einräumen, als dies nach § 2136 zulässig ist.

Mit der selbständigen Testamentsverwaltung kann der Erblasser bei einer Erbenmehrheit auch Teilungsordnungen verbinden, die den Zusammenhalt des Erbschaftsvermögens selbst bis zu dem Eintritt der Nacherbfolge ermöglichen (§ 2044, Abs. 1 und 2).

Mit solchen Anordnungen wird insbesondere der Zweck verfolgt, die Verwaltung des Erbschaftsvermögens auch wirtschaftlich produktiv gestalten zu können.

Den fürsorglichen Charakter seiner Anordnungen dagegen kann der Erblasser noch durch die Bestimmung betonen, daß der jährliche Reingewinn dem Vorerben nicht in jährlichen, sondern in monatlichen oder doch vierteljährlichen Beträgen auszubezahlen ist.[17]

16. Vgl. Staudinger, RGRK zu § 2338, auch Holtz, Diss., S. 39 ff.
17. § 2338 steht dieser Anordnung nicht entgegen.

§ 12. Kann der Erblasser diesen Erfolg auch durch andere Anordnungen erreichen?

Bisher wurde dargelegt, daß der Erblasser sein Ziel durch die Anordnung der Vorerbschaft und der Testamentsverwaltung erreichen kann. Nunmehr ist aber noch zu prüfen, ob das Gesetz ihm hiezu nicht noch andere Möglichkeiten bietet.

§ 2338 erwähnt noch die Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses. Wie bereits in § 8 der Arbeit ausgeführt, kommt diese Anordnung ebenfalls nur in Verbindung mit der Anordnung einer Testamentsverwaltung für den vorliegenden Fall in Betracht. Mit dieser Verfügung jedoch wird das Ziel nur für die Lebensdauer des Verschwenders erreicht. Der Übergang der Vermächtnisgegenstände vollzieht sich nicht wie bei der Nacherbfolge kraft Gesetzes, der Nachvermächtnisnehmer hat vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Vorvermächtnisnehmer bezw. dessen Erben. Die Gegenstände des Vorvermächtnisses fallen somit zunächst in den Nachlaß des Vorvermächtnisnehmers. Damit aber werden sie der Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Vorvermächtnisnehmers, die nunmehr dessen Nachlaßgläubiger werden, ausgesetzt. Demzufolge wird der beabsichtigte Erfolg jedenfalls in seinem vollen Umfang nicht gewährleistet.

Ferner ist die Möglichkeit der Bestellung eines Erbschaftsnießbrauches zu erwähnen. Der Erblasser beschwert den Erben in der Weise, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Beschwerung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Erbschaftsgegenstände zu ziehen. Als Nießbraucher käme im vorliegenden Fall der Erbe in Frage, durch welchen der Erblasser eine Verschwendung seines Nachlasses befürchtet, als Beschwerter der Miterbe oder eine dritte Person, die zum Erben eingesetzt ist. Abgesehen von der Umständlichkeit der Nießbrauchsbestellung eignet sich eine solche Anordnung für den beabsichtigten Erfolg deshalb nicht, weil der Erbschaftsnießbraucher durch die Bestellung zwar nicht Eigentümer wird,[1] aber zum unmittelbaren Besitz der Gegenstände des Erbschaftsnießbrauches berechtigt ist und somit die tatsächliche Verfügungsmacht über dieselben erlangt.[2] Eine Sicherung der Nießbrauchsgegenstände wie im Fall der Vor- und Nacherbschaft durch die Anordnung einer Testamentsverwaltung ist hier aber begrifflich ausgeschlossen.

Diese beiden Möglichkeiten kommen aber auch deshalb für den vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil der Erblasser seinen Erben nicht nur materiell bedenken, sondern ihm auch formell die Stellung

1. Jedoch zu beachten § 1067.
2. §§ 1063, 1032, 930—36.

eines Erben einräumen will. Aus diesem Gesichtspunkt scheiden deshalb auch Zuwendungen wie etwa ein Raten- oder Rentenvermächtnis aus.

Weitere Möglichkeiten aber bietet das Gesetz nicht.

Schluß.

§ 13. Gesamtwürdigung.

Als Gesamtergebnis ist somit festzustellen:

Der Erblasser kann das in § 1 dargelegte Ziel nur erreichen

1. durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft und gleichzeitige Verbindung mit einer selbständigen Testamentsverwaltung.
2. gegenüber dem Abkömmling, wenn die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen, und gegenüber nicht pflichtteilsberechtigten Erben.

Vom Standpunkt des Erblassers aus betrachtet, wird dieses Ergebnis nicht in allen Fällen befriedigen. Denn in der Regel hinterläßt er Abkömmlinge, nicht immer aber werden schon die Voraussetzungen des § 2338 vorliegen. Auch sind Fälle denkbar, in denen er auch dem überlebenden Ehegatten und ausnahmsweise selbst den Eltern gegenüber solche Beschränkungen für geboten erachtet.

In früheren Rechten war auch vielfach die Anordnung einer Enterbung in guter Absicht gegenüber dem Ascendenten, dem überlebenden Ehegatten oder den Geschwistern zulässig.

Bei der Beratung des geltenden Rechtes lehnte man jedoch eine solche Ausdehnung der Anwendbarkeit dieses Institutes ab, da es in „einer solchen Fürsorge seitens der Kinder gegenüber den Eltern nicht bedarf; sie würde sogar unnatürlich erscheinen."[1]

1. Vgl. Mot. V, S. 442 ff.